

Sygn. akt: KIO 95/13

WYROK
z dnia 28 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anata Mlącka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2013 roku przez wykonawcę **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., 02 – 135 Warszawa, ul. Iłżecka 24** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, 02 – 091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 61**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., 02 – 135 Warszawa, ul. Iłżecka 24** i, zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., 02 – 135 Warszawa, ul. Iłżecka 24** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczącą:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie Systemu Zarządzania Energią w Obiektach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z możliwością rozbudowy oraz osiągnięcie i utrzymanie efektu energetycznego w latach 2014r - 2018r”, numer sprawy: AEZ/S-314/2012.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 grudnia 2012 r. pod numerem 256887 – 2012.

Odwołujący Schneider Electric Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującej z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie udzielenia przez Zamawiającego Zamówienia, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego; odrzuceniu oferty Odwołującej z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w związku z jej wykluczeniem z postępowania; wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez żądanie od Odwołującego w wezwaniu z dnia 7 stycznia 2013 roku dokumentu niezbędnego do prowadzenia postępowania, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania, innego niż dokumenty, które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia; przyjęcie, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym przez art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy, potwierdzająca, że urzędujący członek zarządu Odwołującego - Pan T..... Z..... - nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym na dzień 4 stycznia 2013 roku wraz z innymi dokumentami złożonymi przez Odwołującego wraz z ofertą nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia Odwołującej z postępowania co stanowi podstawę do wykluczenia oferty Odwołującego, art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, poprzez uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia te warunki co udowodniła złożonymi w postępowaniu dokumentami, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania co w konsekwencji doprowadziło do uznania oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej; art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Ustawy poprzez uznanie, że oferta

Odwołującej nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, która doprowadziła do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującej; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującej; wybór oferty Odwołującej, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze oferty, w tym o wykluczeniu Odwołującej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu ww. czynności wskazał, iż w rozdziale IX ust. 5 pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, złożyli aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający, pismem z dnia 7 stycznia 2013 roku, wezwał do uzupełnienia brakującego dokumentu o którym mowa powyżej w odniesieniu m.in. do urzędującego członka zarządu Odwołującej - Pana T..... Z..... Odwołujący przedłożył wymagany dokument wystawiony w dniu 4 stycznia 2013 roku. Zamawiający wskazując, iż ww. dokument został wystawiony po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 20 grudnia 2012 roku stwierdził, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.4.2) i w SIWZ (rozdział IX ust. 5 pkt 5) w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Ustawy, Zamawiający żądał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wskazał jedynie początkowy, a nie końcowy, okres z którego mogą pochodzić informacje z Krajowego Rejestru Karnego. Z powyższego wynika, iż informacje składane przez podmioty ubiegające się o u udzielenie zamówienia nie mogły być wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem upływu składania ofert, mogły zaś być wystawione później, również po terminie składania oferty i uzupełnione w ramach procedury określonej w art. 26 ust. 3 Ustawy.

W ocenie Odwołującego aktualna informacja z Krajowego Rejestru Sądowego datowana na

dzień 4 stycznia 2013 roku dotycząca urzędującego członka zarządu Odwołującego, tj. Pana T..... Z..... potwierdza brak podstaw do wykluczenia Odwołującej zgodnie z wymaganiami sprecyzowanymi w Ogłoszeniu i SIWZ.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane oświadczenia i dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Odwołujący stwierdził, że w związku z powyższym Zamawiający nie mógł skutecznie w wezwaniu zmienić wymagań co do dokumentów ustalonych w SIWZ i wzywać Odwołującego do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, skoro sam takich wymagań nie określił uprzednio ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, w świetle faktu, iż ustawodawca przewidział możliwość uzupełniania dokumentacji, powinno prowadzić do wniosku, że zaświadczenie wystawione po terminie składania ofert, ale złożone w terminie wskazanym przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, również spełnia wymogi określone w ww. rozporządzeniu.

Odwołujący podkreślił, że do przedmiotowej sprawy nie ma zastosowania zdanie drugie art. 26 ust. 3 ustawy, jako że zdanie to dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie dokumentów, co do braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podnosił także argument, iż wbrew ustaleniom Zamawiającego Wykonawca prawidłowo wykazał zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy prawo zamówień publicznych spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 jak i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Do oferty Wykonawcy zostało bowiem załączone oświadczenie podpisane przez Prezesa Zarządu Odwołującego złożone zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ poświadczające spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Oświadczenie to zostało złożone w dniu 19 grudnia 2012 roku a więc przed upływem terminu składania ofert. Pozostałe wymagane dokumenty zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący wskazał, iż celem przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy jest usunięcie braków oferty. Przywołał stanowisko Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 maja 2010 roku, sygn. akt I ACa

357/10 oraz stwierdził, że wykładnia celowościowa przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy prowadzi do wniosku, że także informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Ustawy potwierdzająca stan faktyczny na dzień jej udzielenia, to jest dzień 4 stycznia 2013 roku poświadcza również, ten stan na dzień w którym upłynął termin do składania ofert w postępowaniu, czyli na dzień 20 grudnia 2010 roku. Skoro ustawodawca zakłada możliwość wezwania do uzupełnienia braków wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi braku dotyczącego niezłożenia omawianego zaświadczenia, to - wobec faktu, że zaświadczenie dokumentuje stan faktyczny na dzień jego wydania - należy przyjąć, że jego złożenie na skutek wezwania Zamawiającego po dniu, w którym upłynął termin do składania ofert w postępowaniu stanowi prawidłowe uzupełnienie braków oferty.

Odwołujący argumentował, że art. 26 ust. 3 Ustawy, wprost wskazuje, iż tryb uzupełniania braków formalnych ma również zastosowanie do zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby, że w zakresie dostarczenia brakującej, a nie będącej w posiadaniu wykonawcy, informacji aktualnej z Krajowego Rejestru Karnego, ww. przepis art. 26 ust. 3 rodziłby zobowiązanie niemożliwe do wypełnienia, co musiałoby skutkować jego zupełnym pominięciem zgodnie z zasadą *impossibilia nulla obligatio est*.

W ocenie Odwołującego informacja z Krajowego Rejestru Karnego z datą późniejszą niż data składania ofert, spełnia cele postępowania, gdyż tym bardziej gwarantuje Zamawiającemu, że przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie realizowany przez niekaranego wykonawcę. Jest to zresztą tylko informacja dodatkowa, bowiem brak przesłanek do wykluczenia wykonawcy został przez niego wykazany poprzez Oświadczenie z dnia 19 grudnia 2012 roku załączonym do oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że do pisma z dnia 9 stycznia 2013 roku, złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2013 roku przedłożył również aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego datowaną na dzień 4 stycznia 2013 roku, a dotyczącą urzędującego członka zarządu Odwołującego - Pana J..... Ł..... oraz aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego datowaną również na dzień 4 stycznia 2013 roku, a dotyczącą podmiotu zbiorowego, tj. Schneider Electric Polska Sp. z o.o. Jak wynika z treści Zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 10 stycznia 2013 roku zaświadczenia, o których mowa powyżej zostały uznane przez Zamawiającego za potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Odwołującego. Odwołujący podkreślił niekonsekwencję Zamawiającego zarzucając wybiórcze stosowanie przepisów prawa. Z jednej strony Zamawiający uznaje, iż aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione w

dniu 4 stycznia 2013 roku w odniesieniu do Pana J..... Ł..... oraz podmiotu zbiorowego Schneider Electric Polska Sp. z o.o. potwierdzają brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a z drugiej odmawia takiego waloru w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej w tej samej dacie dla Pana T..... Z.....

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślał, że wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż Odwołujący nie spełniła warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu. W sytuacji, gdy Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, odrzucenie oferty Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Odwołujący podkreślał także okoliczność, że wartość oferty brutto złożonej przez Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wynosi 1.647.320,55 złotych. Z kolei Odwołujący złożył ofertę, której wartość brutto wynosiła 1.515.360,00 złotych brutto. Wobec bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i w efekcie odrzucenia oferty złożonej Zamawiający dokonał wyboru oferty Siemens sp. z o.o. z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Siemens sp. z .o. o.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.4.2) i treści SIWZ (rozdział IX ust. 5 pkt 5) w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Ustawy, wykonawcy byli zobowiązani złożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 20 grudnia 2012 r.

Odwołujący załączył do oferty informację z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającą niekaralność wystawioną dla Pana T..... Z....., aktualną na dzień 4 stycznia 2012 roku. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego w dniu 7 stycznia 2013 r. do uzupełnienia ww. dokumentu. W wezwaniu Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wymaga złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Złożony dokument powinien potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedłożył informację z KRK poświadczającą niekaralność, która została wydana w dniu 4 stycznia 2013 r., tj. dokument „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie”, na którym została naniesiona informacja, że T..... Z..... „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego. Dnia 2013-01-04 r.”

Izba zważyła, jak poniżej:

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, przez przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzut ten należało uznać za niezasadny.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane określa zamknięty katalog dokumentów, za pomocą których wykonawca może wykazać brak podstaw do wykluczenia. W § 2 ust.1 pkt 6 rozporządzenia wskazano, że dla wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie określonym w art. 24 ust.1 4-8, a także pkt 9 Pzp, zamawiający żąda/może żądać złożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Zatem dla podstawy wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 4-8 lub 9 Pzp takim dokumentem jest wyłącznie aktualna informacja z KRK wystawiona przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca nie może wykazać braku podstaw do wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 lub 9 Pzp, za pomocą innego dokumentu. Zatem nie ma znaczenia w niniejszej sprawie fakt, że Odwołujący załączył wymagane

oświadczenie podpisane przez Prezesa Zarządu Odwołującego złożone zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ poświadczające spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Wyżej wymienione Rozporządzenie określa także, że aktualna informacja z KRK powinna być wydana nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a zatem określa ramy czasowe aktualności dokumentu.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym określa zasady udzielania informacji z Rejestru o osobie lub podmiocie. Zgodnie z § 9 ust. 1 i 2 rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 8 pkt 2 ww. rozporządzenia. Jeżeli natomiast dane osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Adnotacja ta jest aktualna na dzień wydania informacji.

Art. 44 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. Zgodnie z art. 26 ust.2a Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Z powyżej przytoczonych artykułów wynika obowiązek wykazania przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust.1 Pzp nie później niż na dzień składania ofert. Aby dokumenty potwierdzające spełnianie warunków mogły być załączone do oferty powinny być wystawione najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert. W niniejszej sprawie informacja z KRK powinna być zatem wystawiona najpóźniej w dniu 20 grudnia 2012 r.

Zgodnie z przepisami wykonawczymi do ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, informacja z KRK zawiera dane o osobie lub podmiocie widniejące w tym Rejestrze w dniu wydania informacji. W tej sytuacji nie ma możliwości wydania informacji z KRK w odniesieniu do konkretnego okresu lub na określony dzień - inny niż dzień wydania tej informacji. Oznacza to, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z KRK może ją skutecznie uzupełnić jedynie pod warunkiem, że posiada stosowny dokument wydany przed upływem terminu składania ofert.

Za nietrafny należy uznać argument Odwołującego, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wskazał jedynie początkowy, a nie końcowy, okres z którego mogą pochodzić informacje z Krajowego Rejestru Karnego, co oznacza, iż informacje składane przez podmioty ubiegające się o u udzielenie zamówienia nie mogły być wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem upływu składania ofert, mogły zaś być wystawione później, również po terminie składania oferty i uzupełnione w ramach procedury określonej w art. 26 ust. 3 Ustawy.

Po pierwsze wskazać należy, że termin zarówno początkowy jak i końcowy, określające okres z którego powinny być wystawione dokumenty potwierdzające brak podstawy do wykluczenia z powodu karalności zostały zakreślone przepisami prawa. Jak wyżej wskazano, zarówno art. 26 ust. 2a, 44 jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane stanowią, że dokumenty te powinny być wystawione najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

Po drugie, nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający doprecyzował datę, z jaką należy złożyć dokumenty potwierdzające niekaralność. Należy zauważyć, że zgodnie z punktem XXIV ust. 3 pkt 1 zdanie 2 SIWZ złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa powyżej powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący twierdził także, że art. 26 ust. 3 Ustawy wprost wskazuje, iż tryb uzupełniania braków formalnych ma również zastosowanie do zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego. Jednak dodatkowo wskazuje, że zdanie drugie tego artykułu nie ma zastosowania do dokumentu informacji o niekaralności, gdyż do przedmiotowej sprawy nie ma przy tym zastosowania zdanie drugie art. 26 ust. 3 ustawy, jako że zdanie to dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nie dokumentów, co do braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Wskazać należy na wewnętrzną sprzeczność zawartą w rozumowaniu Odwołującego. Jeśli, jak twierdzi Odwołujący, do zaświadczeń o niekaralności nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy, to zasady i warunki złożenia tych dokumentów określa art. 26 ust. 2a, a z przepisu tego jednoznacznie wynika, że brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków wskazanych w art. 24 ust. 1 powinien zostać wykazany nie później niż na dzień składania ofert. Niezależnie więc od przyjętego stanowiska, czy do zaświadczeń o niekaralności zastosowanie powinien mieć art. 26 ust. 3 ustawy w całości, czy też zdania drugiego tego przepisu nie stosuje się, gdyż taka zasada wynika z art. 26 ust. 2a, to fakt braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niekaralności powinien być wykazany

najpóźniej na dzień składania ofert.

Odwołujący podnosił także argumentację w zakresie wykładni celowościowej przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy. Należy jednak zauważyć, że treść artykułu 26 ust. 3 dopuszczającego możliwość uzupełnienia dokumentów na wezwanie Zamawiającego jest jasna i oczywista, wprost określa dzień, na który aktualne mają być składane dokumenty. Oczywista jest także treść art. 26 ust. 2a. Skoro przepisy wprost, literalnie określają termin, na jaki dzień ma być aktualny składany dokument, stosowanie wykładni celowościowej jest zbędne.

Odwołujący zwrócił także uwagę na okoliczność, że do pisma z dnia 9 stycznia 2013 roku, złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2013 roku, przedłożył również aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego datowaną na dzień 4 stycznia 2013 roku, a dotyczącą urzędującego członka zarządu Odwołującego - Pana J..... Ł..... oraz aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego datowaną również na dzień 4 stycznia 2013 roku, a dotyczącą podmiotu zbiorowego, tj. Schneider Electric Polska Sp. z o.o. Jak wynika z treści Zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 10 stycznia 2013 roku, zaświadczenia, o których mowa powyżej zostały uznane przez Zamawiającego za potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Odwołującego. Odwołujący podkreślił niekonsekwencję Zamawiającego, zarzucając wybiórcze stosowanie przepisów prawa. Z jednej strony Zamawiający uznaje, iż aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione w dniu 4 stycznia 2013 roku w odniesieniu do Pana J..... Ł..... oraz podmiotu zbiorowego Schneider Electric Polska Sp. z o.o. potwierdzają brak podstaw do wykluczenia Odwołującej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a z drugiej Zamawiający odmawia takiego waloru w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej w tej samej dacie dla Pana T..... Z.....

Izba zauważa, że uzasadnione jest twierdzenie Odwołującego o braku konsekwencji Zamawiającego. Nie zmienia to jednak faktu, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było uzasadnione z powodu niewykazania braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 4-8 w odniesieniu do Pana T..... Z..... Brak wskazania w uzasadnieniu ewentualnej innej podstawy faktycznej wykluczenia, (tj. przedstawienie informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej w dniu 4 stycznia 2013 roku, a więc po upływie terminu składania ofert, w odniesieniu do Pana J..... Ł..... oraz podmiotu zbiorowego Schneider Electric Polska Sp. z o.o., a tym samym nie wykazanie braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) nie stanowi okoliczności mającej wpływ na wynik niniejszego postępowania, gdyż wykonawca został już wykluczony z postępowania. Stosownie do art. 192 ust. 2 Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższych ustaleń, należy uznać, iż bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do tego artykułu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro uzasadnione było wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 5 należało w konsekwencji odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Nieuzasadniony jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą. Stosownie do art. 91 ust. 1 Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro Odwołujący został wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta została odrzucona, to oferta ta nie podlega ocenie przez Zamawiającego przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczona jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: