

WYROK

z dnia 31 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Jan Kuzawiński

Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESCO City II sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61; 00-697 Warszawa, CEZ ESCO Polska sp. z o. o., E.V.C. s.r.o., Promar sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: **Gmina Krapkowice, ul. 3 Maja 17, 47-303 Krapkowice, Gmina Chrzastowice, Gmina Izbicko, Gmina Komprachcice, Gmina Prószków, Gmina Tarnów Opolski, Gmina Turawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DK Energy Polska sp. z o.o., EDF Optimal Solutions A.A.A, Inergis S.A., ul. Złota 59; 00-120 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny wniosków, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: Gmina Krapkowice, ul. 3 Maja 17, 47-303 Krapkowice, Gmina Chrzastowice, Gmina Izbicko, Gmina Komprachcice, Gmina Prószków, Gmina Tarnów Opolski, Gmina Turawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESCO City II sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61; 00-697 Warszawa, CEZ ESCO Polska sp. z o. o., E.V.C. s.r.o., Promar sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiających wspólnie udzielających zamówienia: **Gmina Krapkowice, ul. 3 Maja 17, 47-303 Krapkowice, Gmina Chrzastowice, Gmina Izbicko, Gmina Komprachcice, Gmina Prószków, Gmina Tarnów Opolski, Gmina Turawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESCO City II sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 61; 00-697 Warszawa, CEZ ESCO Polska sp. z o. o., E.V.C. s.r.o., Promar sp. z o.o.** kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający wspólnie udzielający zamówienia: Gmina Krapkowice, ul. 3 Maja 17, 47-303 Krapkowice, Gmina Chrzastowice, Gmina Izbicko, Gmina Komprachcice, Gmina Prószków, Gmina Tarnów Opolski, Gmina Turawa (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Roboty budowlane pn.: „Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie gmin: Krapkowice, Chrzastowice, Izbicko, Komprachcice, Prószków, Tarnów Opolski, Turawa, w formule partnerstwa publiczno-prywatnego”.*

Dnia 12 stycznia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku oceny złożonych wniosków.

Dnia 19 stycznia 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ESCO City II sp. z o.o., CEZ ESCO Polska sp. z o. o., E.V.C. s.r.o., Promar sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ze względu na to, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie wykazał braku przesłanek wykluczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię w zakresie sposobu potwierdzenia przez odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia zaskarżonej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznanie, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- dokonania ponownej oceny w zakresie przesłanek wykluczenia i uznanie iż wobec odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia z postępowania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania ponieważ jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W ramach swojej działalności gospodarczej odwołujący oferuje prace i usługi takie same jak prace i usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Działalność odwołującego obejmuje realizację złożonych przedsięwzięć inwestycyjnych w energetyce i budownictwie,

w tym w szczególności wykonawstwo robót budowlanych i prac projektowych, audytów energetycznych oraz zarządzanie gospodarką energetyczną w obiektach. Zamawiający błędnie i z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych wykluczył odwołującego z postępowania czym pozbawił go możliwości uzyskania i wykonania zamówienia, którego dotyczy postępowanie oraz uzyskania planowanego w związku z tym dochodu.

Odwołujący wskazał, iż z przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia wynika, iż utożsamiał on pojęcie aktualności dokumentów, użyte przez ustawodawcę w treści art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z datą ich wystawienia. W przepisach tych mowa jest o dokumentach potwierdzających oświadczenia wykonawcy „aktualnych na dzień złożenia”. Dokonując rekonstrukcji normy prawnej sformułowanej we wskazanych przepisach należy odwołać się do słownikowej definicji użytych słów oraz ich utrwalonego rozumienia (por. M. Smolak, Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej, Warszawa 2012, s. 226-227). Słowo „aktualny” definiowane jest jako „będący na czasie, bieżący, obecny” (zob. W. Doroszewski, Słownik języka polskiego, dostępny pod adresem: <https://sip.pwn.pl/doroszewski/aktualnv:5408227.html> dostęp dnia 18 stycznia 2018 r.). Brak jest podstaw by utożsamiać przymiot aktualności tylko z jedną, ściśle określoną chwilą. Należy raczej przyjąć, iż chodzi o pewien stan rzeczy, trwający w czasie i potencjalnie zmienny.

Powyższe prowadzi do wniosku, zdaniem odwołującego, iż zamawiający nie ma racji twierdząc, że informacja z KRK wystawiona w innej dacie niż dzień upływu terminu składania wniosków nie spełnia wymogu aktualności. W istocie gdyby przyjąć za prawdziwe takie twierdzenie prowadziłby to do skutków nie dających się zaakceptować z punktu widzenia wewnętrznej spójności przepisów Prawa zamówień publicznych i celów jakim służy regulacja art. 26 ustawy Pzp. Gdyby bowiem przyjąć, że aktualność informacji z KRK (lub innego dokumentu) należy oceniać wyłącznie z punktu widzenia daty jaką opatrzony jest dokument, należałoby dojść do przekonania, że w istocie tylko dokument wystawiony z datą, w której upływa termin składania wniosków lub ofert w danym postępowaniu może być uznany za aktualny w rozumieniu art. 26 ustawy Pzp. Taką wykładnię sugeruje zamawiający powołując się na przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1025 ze zm.). Przyjęcie takiego wniosku oznaczałoby, iż wykonawcy winni tego samego dnia wystąpić do KRK z wnioskiem o udzielenie informacji, uzyskać ją oraz złożyć wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykluczałoby także możliwość złożenia oferty lub wniosku przed ostatnim dniem terminu wyznaczonego na składanie wniosków, która wynika z art. 84 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy zaproponowana przez zamawiającego dosłowna wykładnia językowa prowadzi do wniosków w oczywisty sposób absurdalnych uzasadnione jest odwołanie się do reguł wykładni celowościowej (zob. T. Gizbert-Studnicki,

Wykładnia celowościowa, St. Prawn. 1985, nr 3-4, s. 53 i nast.). Jak słusznie podniesiono w literaturze przedmiotu przepisy art. 26 ustawy Pzp, odwołują się do motywu 84 dyrektywy z dnia 24 lutego 2014 r. 2014/24/UE, który wskazuje na potrzebę umożliwienia zamawiającym weryfikowania na każdym etapie postępowania aktualności informacji przekazanych przez wykonawców w ramach wstępnych oświadczeń składanych wraz z wnioskiem lub ofertą (por. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016, SIP Legalis). Również i ta teza wskazuje na rozumienie aktualności jako stanu rzeczy zgodnego z rzeczywistością. Powyższy wywód upoważnia do stwierdzenia, iż nawet w przypadku akceptacji rozumienia słowa „aktualny” jako ściśle związanego z datą, w której wypada ostatni dzień terminu składania wniosków, należałoby jednak odrzucić płynące z niego wnioski, co do wykładni przepisów art. 26 ustawy Pzp, jako nie dające się pogodzić z racjonalnością i celowością działania ustawodawcy.

Przedstawione rozumowanie, w ocenie odwołującego, znajduje poparcie w doktrynie. W odniesieniu do kwestii aktualności dokumentów, o których mowa w art. 26 ustawy Pzp, wyrażono pogląd iż *„okres [ich] ważności (...) rozpoczyna się nie wcześniej niż przed określoną liczbą miesięcy przed terminem składania ofert lub wniosków, wynikającą z RodzDokR [Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz. U. z 2016 r., poz. 1126], a kończy się wraz z upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego”* (M. Śledziwska [red.], Proces udzielania zamówień publicznych po nowelizacji Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2017, s. 323; podobnie również: J. Pieróg [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 14, Warszawa 2017, SIP Legalis).

Odwołujący konkludując wskazał, iż zamawiający błędnie przyjął, iż przymiot aktualności dokumentów, o którym mowa w przepisach art. 26 ustawy Pzp, należy rozumieć jako wymóg by informacje z KRK w zakresie braku przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz pkt 21 ustawy Pzp, były wystawione z datą nie późniejszą niż data wyznaczona jako ostatni dzień terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Aktualność dokumentów należy rozumieć jako zgodność zawartych w nich informacji z rzeczywistym stanem rzeczy.

Odwołujący podniósł, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, została wystawiona dnia 12 grudnia 2017 r. Tym niemniej zasadne jest podkreślenie, że z okoliczności sprawy wynika, iż w przypadku ESCO City II sp. z o.o. nie jest możliwe, by informacja z KRK wystawiona nawet po dniu, w którym upłynął termin składania wniosków (tj. 2 października 2017 r.) nie była aktualna i zgodna ze stanem faktycznym. Należy bowiem wziąć pod uwagę iż spółka została zawiązana dnia 2 sierpnia 2017 r. Zatem ewentualne popełnienie czynu podlegające karze, proces sądowy i skazanie

musiałoby nastąpić po tej dacie. Zgodnie z art. 43 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1541) zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego następuje po upływie 10 lat od wykonania lub darowania albo przedawnienia kary. Nie jest zatem możliwe by w okresie pomiędzy zawiązaniem spółki ESCO City II sp. z o.o. (2 sierpnia 2017 r.) a datą wystawienia informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp (12 grudnia 2017 r.) tj. w okresie ok. 4 miesięcy nastąpiło zarówno popełnienie czynu skutkującego orzeczeniem, o którym mowa w tym przepisie, wydanie orzeczenia oraz jego zatarcie. Tym samym brak jest podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do zgodności przedstawionej informacji z KRK ze stanem faktycznym.

Odwołujący zwrócił uwagę na powyższe w piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r. (przywołując jako inną podstawę prawną przepisy Kodeksu karnego ustanawiającego podobne okresy zatarcia skazania). Zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania przyznał, iż argumentacja ta jest „spójna i logiczna” jednak powołał się na omówioną powyżej w zakresie zarzutu pierwszego wykładnię pojęcia „aktualności” dokumentów i uznał, iż odwołujący nie wykazał braku przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Powołał się przy tym na argument, zgodnie z którym zamawiający nie jest zobowiązany do „dokonywania całościowej analizy regulacji prawa karnego”. Argument ten nie zasługuje na uznanie z następujących powodów:

- po pierwsze, wskazane przepisy (zarówno ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych jak i Kodeksu karnego) stanowią część porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej i są obowiązujące. Nie ma podstaw by zamawiający - podmiot publiczny - mógł uzasadniać swoje działania nieznaną obowiązujecego prawa,

- po drugie, nie są to przy tym przepisy „niszowe” o wąskim i rzadkim zakresie stosowania, znane jedynie nielicznym specjalistom. Zwłaszcza ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych dotyczy bezpośrednio kwestii mających zastosowanie w zakresie prowadzenia postępowań o zamówienia publiczne. Uzasadnione jest zatem oczekiwanie, że osoby stosujące ustawę Prawo zamówień publicznych będą również co najmniej potrafiły odwołać się do przepisów towarzyszących lub związanych z tą ustawą,

- po trzecie, zamawiający nie musiał podejmować nadmiernie obciążającej aktywności w celu zapoznania się z omawianymi przepisami. Odwołujący wskazał odpowiednie przepisy i przedstawił argumentację, która zresztą znalazła uznanie zamawiającego (przynajmniej w zakresie spójności wyводу).

Odwołujący wskazał również, że wraz z wnioskiem złożył informację z KRK, datowaną dnia 2 sierpnia 2017 r. i potwierdzającą, że Pan J.P. nie figuruje w rejestrze skazanych.

Zgodnie z art. 20 ust. 1d ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t. j. Dz. U. z 2017 r, poz. 678) informacja wydawana na wniosek osoby fizycznej będącej obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż Rzeczpospolita Polska zawiera nie tylko dane zgromadzone w KRK ale także dane z rejestru karnego państwa pochodzenia wnioskodawcy. Wskazany przepis koresponduje z § 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym, zgodnie z którym przed wydaniem informacji dla osoby pochodzącej z innego kraju UE niż Polska, KRK występuje z odpowiednim pytaniem do rejestru karnego państwa pochodzenia. Biorąc pod uwagę powołane przepisy należy uznać, że informacja z KRK załączona do wniosku potwierdzała brak przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Skierowane do odwołującego, pismem z dnia 1 grudnia 2017 r. wezwanie do przedstawienia informacji z rejestru karnego Republiki Czeskiej (motywowane tym, iż jako miejsce zamieszkania Pana J.P. wskazano Pragę) było bezpodstawne. Powyższy argument znajduje poparcie w stanowisku jakie zajęła KIO w wyroku z dnia 27 stycznia 2015 r. o sygn. KIO 101/15.

Oceny tej nie zmienia fakt, że kierując się dobrą wolą odwołujący przedstawił wystawioną dnia 20 października 2017 r. informację z Rejestru karnego osób fizycznych prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Czeskiej (*Vypis z evidence rejstriku trestu fyzických osob*), wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzającą iż Pan J.P. nie został prawomocnie skazany za przestępstwo określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z pkt 14 ustawy Pzp.

Dodatkowo, w piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r., odwołujący przedstawił obszernie wyjaśnienia, z których wynikało iż uzupełniony wypis pozostawał aktualny, co można było bez wątpliwości wywnioskować z przywołanego § 105 Kodeksu karnego Republiki Czeskiej terminy zatarcia skazania w prawie czeskim są zbliżone do polskich i wynoszą od 1 roku do 15 lat.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pisma procesowe złożyli również odwołujący oraz przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu zostały szczegółowo określone w załączniku nr 1 do Ogłoszenia pt. Opis potrzeb i wymagań zamawiającego w związku z zamówieniem w zakresie realizacji przedsięwzięcia pn. „(...)” (dalej: OPIW). W treści pkt 1.2.1 li. A OPIW zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz (2) spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W celu potwierdzenia powyższych warunków zamawiający wymagał złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, aktualnego na dzień złożenia wniosku oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).

Dnia 29 września 2017 r. odwołujący ESCO City II sp. z o.o., działając wówczas jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, występując jako Lider w imieniu konsorcjum, złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 1 grudnia 2017 r., zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia następujących dokumentów:

(a) oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością działającej pod firmą ESCO City II,

(b) oryginału lub poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii uchwał o powołaniu zarządu ww. spółki,

(c) oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej, iż wobec spółki ESCO City II sp. z o.o. w organizacji nie został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia

28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary,

(d) oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii informacji z Rejestru Karnego osób fizycznych prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Czeskiej, wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzającej iż Pan J.P. (Prezes Zarządu Spółki) nie został prawomocnie skazany za przestępstwo określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z pkt 14 ustawy Pzp,

(e) oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego w celu wykazania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp,

(f) oryginału lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w celu wykazania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 15 grudnia 2017 r., odwołujący przedstawił dokumenty wymienione w pkt (a) oraz (c)-(f) powyżej wskazując przy tym, iż w umowie spółki z dnia 2 sierpnia 2017 r. został również powołany pierwszy jej zarząd. Dodatkowo odwołujący załączył wydruk z internetowego systemu KRS dla spółki.

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie odwołujący nie wykazał, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp oraz przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Odnośnie do pierwszej z wymienionych przesłanek zamawiający uzasadnił, iż przesłana w odpowiedzi na wezwanie, datowana dnia 12 grudnia 2017 r. informacja z KRK dla spółki ESCO City II Sp. z o.o. potwierdzająca, iż podmiot ten nie figuruje w Kartotece Podmiotów Zbiorowych KRK, nie pozwala stwierdzić, iż odwołujący wykazał brak istnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków tj. na dzień 2 października 2017 r. W odniesieniu do drugiej z wymienionych przesłanek, zamawiający uzasadnił, iż przesłany w odpowiedzi na wezwanie, datowany na dzień 20 października 2017 r. wypis z Rejestru Karnego osób fizycznych prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości Republiki Czeskiej, wraz z tłumaczeniem na język polski, potwierdzający iż brak jest w rzeczonym rejestrze informacji o skazaniu Pana J.P. nie pozwala stwierdzić, iż odwołujący wykazał brak istnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z pkt 14 ustawy Pzp na dzień, w którym upłynął termin składania wniosków tj. na dzień 2 października 2017 r.

Uzasadniając podjętą decyzję zamawiający stwierdził, iż dokumenty wystawione w innej dacie niż data, w której upłynął termin składania wniosków (tj. 2 października 2017 r.) nie mogą być uznane za potwierdzenie, iż najpóźniej w tym dniu nie zachodziły określone

przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania. Zamawiający wskazał także, iż kwestionowane dokumenty odwołujący winien był złożyć wraz z wnioskiem.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego. Wskazać bowiem należy, za wyrokiem Izby z dnia 9 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 785/17, że „(...) *Przedstawiona koncepcja odpowiada intencjom ustawodawcy, zarówno krajowego, jak i europejskiego, którzy położyli szczególny nacisk na ocenę sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Urzeczywistnieniem tej idei na gruncie prawa krajowego są m.in. przepisy art. 26 ust. 2f Pzp umożliwiające zobowiązanie wykonawcy na każdym etapie postępowania m.in. do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, czy art. 24 ust. 12 Pzp uprawniający zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei na gruncie prawa europejskiego wystarczy odwołać się do Motywu 84 Preambuły Dyrektywy parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, z którego wynika, że "[...] Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania[...]*", jak i Motywu 85, w którym czytamy m.in., że "[...] Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko[...]". Reasumując, skład orzekający uznał, że posłużenie się przez Odwołującego zaświadczeniami o niekaralności datowanymi na dzień 16 marca 2017 r., w miejsce oczekiwanego przez Zamawiającego 21 lutego 2017 r., było wystarczające dla stwierdzenia, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Należy przy tym zauważyć, że stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym dokumenty podmiotowe należy podzielić na takie, które - mimo późniejszej daty sporządzenia - potwierdzają stan sprzed ich wystawienia i takie, w przypadku których opisanej możliwości nie ma, było, w odniesieniu do zaświadczenia o niekaralności oczywiste o tyle, że zaświadczenie takie zawsze będzie potwierdzać stan z daty złożenia wniosku o jego wydanie. Argumentacja Zamawiającego pomija jednak okoliczność, że wraz z ofertą Odwołujący złożył JEDZ stanowiący wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania, którą to okoliczność następnie potwierdził przedstawiając m.in. zaświadczenia o niekaralności członków organu nadzorczego spółki. Jedynie na marginesie Izba wskazuje w tym miejscu, że - biorąc pod uwagę przywołane powyżej Motywy 84 i 85 - sytuację, w której Zamawiający otrzymał dokumenty bardziej aktualne niż te, których żądał (oczekiwanie Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 16 marca 2017 r. sprowadzało się bowiem do konieczności przedstawienia

zaświadczeń stwierdzających stan sprzed prawie miesiąca) - należy ocenić pozytywnie, jako odpowiadającą wymogowi oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o możliwie najnowsze informacje. Jeżeli natomiast Zamawiający pomimo przedstawienia ww. oświadczeń i dokumentów powziąłby wątpliwości co do braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, dotyczącą okresu pomiędzy 21 lutego 2016 r. (data określająca aktualność zaświadczeń z KRK wskazana w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów) a 16 marca 2017 r. (data na którą stwierdzono brak karalności członków organu odwołującej się spółki), to powinien podjąć działania zmierzające do ich wyjaśnienia i - w razie ich potwierdzenia - wykluczyć Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 lub pkt 16 Pzp. Odnosząc się dodatkowo do argumentów Przystępującego skład orzekający wyjaśnia, że użytego w art. 26 ust. 3 Pzp sformułowania "w terminie przez siebie wskazanym" nie należy odnosić do aktualności oświadczeń lub dokumentów, do których uzupełnienia wykonawca jest wzywany, a do terminu na ich złożenie. Ponadto nie sposób podzielić zapatrywania Wykonawcy o niezgodności przedstawionych przez Odwołującego zaświadczeń o niekaralności z § 5 pkt 1 Rozporządzenia ze względu na datę ich wystawienia. Przywołany przepis aktu wykonawczego stanowi jedynie o tym kiedy najwcześniej może zostać wystawione takie zaświadczenie, nie reguluje natomiast kwestii kiedy najpóźniej dokument może zostać sporządzony."

Ponadto podnieść należy, opierając się na aktualnym stanie prawnym i aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż wraz z ofertą obecnie wykonawca składa oświadczenie (w tym przypadku w ramach JEDZ) o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (w tym braku podstaw do wykluczenia), pod rygorem odpowiedzialności za składanie fałszywych oświadczeń. Ma ono być aktualne na dzień składania wniosków. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania wniosków. Jest to od lat jedna z podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie uległa ona zmianie w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym braku podstaw do wykluczenia) tj. że na moment składania tego oświadczenia istnieje stan faktyczny wskazujący na ich spełnienie.

Izba zwraca jednakże uwagę, że w aktualnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do poprzedniego tj. sprzed ww. nowelizacji) wykonawcy nie muszą załączać do wniosku dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp. W przypadku nie złożenia wymaganego dokumentu lub złożenia dokumentu zawierającego błędy, zamawiający (jednokrotnie) wzywa takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 oraz ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień ich złożenia. I właśnie na tle rozumienia „aktualności” dokumentów

w niniejszym postępowaniu zaistniała sytuacja sporna, wskutek błędnej oceny zamawiającego.

W ocenie Izby, w aktualnym stanie prawnym nie ma zobowiązania do przedstawiania dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia (w tym m.in. informacji z KRK) z datą sprzed składania ofert lub nawet z datą po składaniu ofert ale z wprost określonym stanem faktycznym dotyczącym daty składania ofert. W ocenie Izby wystarczające jest obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ.

Fakt, iż zamawiający zażądał złożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału już na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie znosi możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów. Art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, z którego skorzystał zamawiający odwołuje się do dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przepis ten nie ustanawia odrębnych i odmiennych zasad rządzących składaniem dokumentów w przypadku, gdy zamawiający żąda ich przedstawienia w innym momencie, niż to wynika z regulacji ogólnej. Określa jedynie inny moment złożenia dokumentów. Również w takiej sytuacji wykonawcom służy prawo do uzupełnienia dokumentów brakujących, niekompletnych lub budzących wątpliwości w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W przepisie tym ustawodawca wyraźnie dopuścił możliwość uzupełnienia dokumentów w przypadku, gdy niektóre z nich nie zostały złożone w wyznaczonym terminie. Ocena aktualności dokumentów odbywa się wówczas według tych samych zasad co w przypadku złożenia ich bez konieczności uzupełnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w tym zakresie wskazuje na stanowisko zaprezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r. (znak: UZP/DKUE/KU/31/17). Zgodnie z tym stanowiskiem: *„Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Mając powyższe na względzie, wskazać należy, iż w świetle obowiązujących przepisów nie ma przeciwwskazań, aby dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, były wystawione po upływie terminu

składania ofert, np. w dniu realizacji przedmiotowego wezwania, o ile tylko dokumentują spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i pozostają aktualne w momencie ich składania.”.

Wskazane powyżej stanowisko Prezes UZP zostało zinterpretowane przez KIO w wyroku z dnia 19 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2056/17) następująco: *„Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, natomiast dowody składane na potwierdzenie tych warunków mają być aktualne na dzień ich składania. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać określony warunek udziału w postępowaniu, który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To samo dotyczy braku podstaw wykluczenia. Na tym zatem polega podstawa różnica w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, kiedy to spełnianie warunków udziału w postępowaniu podlegało badaniu tylko na dzień składania ofert (art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp w poprzednim brzmieniu: *Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert*).”.*

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, iż dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego, związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....