

Sygn. akt: KIO 1886/11

## WYROK

z dnia 12 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **1 września 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1. ALMIG Kompressoren Polska S.A. ul. Krzysztofa Kolumba 22, 02-288 Warszawa 2. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy)**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Spółkę Energetyczną „Jastrzębie” ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1. ALMIG Kompressoren Polska S.A. ul. Krzysztofa Kolumba 22, 02-288 Warszawa 2. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy),**
3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1. ALMIG Kompressoren Polska S.A. ul. Krzysztofa Kolumba 22, 02-288 Warszawa 2. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy),** tytułem wpisu od odwołania,

4. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1. ALMIG Kompressoren Polska S.A. ul. Krzysztofa Kolumba 22, 02-288 Warszawa**  
**2. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy),**  
na rzecz zamawiającego: **Spółki Energetycznej „Jastrzębie” ul. Rybnicka 6c, 44-335 Jastrzębie Zdrój, kwotę 3 600,00 zł, (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika,**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Dostawę, nadzór nad montażem i uruchomienie bezolejowych sprężarek odśrodkowych powietrza i urządzeń pomocniczych wraz ze świadczeniem usług serwisowych w SEJ S.A.” (Dz. Urz. UE z dnia 21.4.2011, Nr 2011/S 78 - 128585), w dniu 1 września 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum firm: 1. ALMIG Kompressoren Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz 2. ALMIG Kompressoren GmbH z siedzibą w Köngen (Niemcy), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 26 sierpnia 2011 roku za pośrednictwem faksu o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, jak również o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie przedstawienia na wezwanie zamawiającego dokumentów wskazanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 5 oraz 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu: Spółce Energetycznej „Jastrzębie” z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj: naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie odrzuceniem jego oferty.

Ponadto odwołujący zarzucił naruszenie przepisów § 2 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 6 rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w związku z art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i błędne uznanie, iż odwołujący nie przedstawił na wezwanie zamawiającego dokumentów wymaganych w SIWZ, tj. wskazanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 5 oraz 6 SIWZ, a potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy wymagane dokumenty zostały przedstawione zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz art. 24 ust.

1 pkt 4-9 ustawy Pzp.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego i nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Ponadto odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2011 r. zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do przedstawienia dokumentów wskazanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 5 oraz 6 SIWZ, tj. 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 ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący czyniąc zadość powyżej wskazanemu wezwaniu w załączeniu do pisma z dnia 23 sierpnia 2011 r. przedstawił: (1) zaświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla Członków Zarządu spółki ALMIG Kompressoren GmbH, tj. dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P. oraz (2) zaświadczenie o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczące spółki ALMIG Kompressoren GmbH.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania z uwagi na zaistnienie przesłanki wymienionej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu pisma podając, że dokumenty złożone przez odwołującego na wystosowane wezwanie nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, a tym samym nie spełniają warunku określonego przepisami tej ustawy z uwagi na fakt, iż ww. dokumenty wystawione zostały z datą po terminie składania ofert, tj. po dniu 16 czerwca 2011 r. W związku z tym, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę odwołującego, z uwagi na jego wykluczenie z postępowania, uznano za odrzuconą.

Opisaną powyżej czynność zamawiającego - uznał odwołujący za niezgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych przytaczając następującą argumentację. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy zawierające błędy, do ich złożenia w

wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. 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 ślad za Komentarzem Prawo zamówień publicznych M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski (wyd. IV; LEX, 2010) odwołujący zaznaczył, że „Celem instytucji uzupełnienia dokumentów jest stworzenie możliwości uzyskania wniosku lub oferty poprawnych pod względem oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo pierwotnych braków lub uchybień.” Odwołujący wskazał również na treść § 2 ust. 2 pkt 5 oraz 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), zgodnie z którym w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach, o których mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przepisy obligują zamawiającego do żądania aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Wskazywał, iż jakkolwiek przepisy cytowanego rozporządzenia, m.in. powołany powyżej przepis § 2 ust. 1 pkt 5 oraz 6 odnoszą się do okresu przed upływem terminu składania ofert: "wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo terminu składania ofert," to sam art. 26 ust. 3 ustawy Pzp posiada swoją własną, odrębną dyspozycję dotyczącą dokumentów uzupełnianych o treści: "złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo termin składania ofert." Odwołujący podkreślał, iż na wezwanie zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2011 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedstawił w załączeniu do pisma z dnia 23 sierpnia 2011 r. zaświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla Członków Zarządu spółki ALMIG Kompressoren GmbH, tj. dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P. oraz zaświadczenie o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 tej ustawy dotyczące spółki ALMIG Kompressoren GmbH. Wskazane

powyżej oświadczenia - w związku z faktem, iż podlegały przedstawieniu w wyniku wezwania do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wystawione zostały przez właściwy organ, tj. przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z datą lipcową, tj. po dniu 16 czerwca 2011 r., a więc po dacie, w której upłynął termin składania ofert. Nadto, odwołujący, oprócz żądanych przez zamawiającego dokumentów, w związku z otrzymanym pismem z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn (w przedmiocie braku możliwości wystawienia przez ten Urząd zaświadczeń o niekaralności z datą wcześniejszą), przedstawił również oświadczenia członków Zarządu ALMIG Kompressoren GmbH: Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P. oraz oświadczenie Spółki - złożone przed notariuszem w trybie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...), stwierdzające że zaświadczenia o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości potwierdzają, iż stan prawny i faktyczny na dzień otwarcia ofert, tj. na dzień 16 czerwca 2011 r. był taki jak w ww. zaświadczeniach o niekaralności. Odwołujący wyjaśniał, że siedziba spółki Kompressoren GmbH oraz miejsce zamieszkania członków Zarządu Spółki znajdują się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj. w Niemczech. Nadto, w Niemczech zwyczajowo jest przyjęte, iż oświadczenie członków zarządu w przedmiocie niekaralności złożone przed notariuszem jest dokumentem w pełni wystarczającym oraz honorowanych przez wszelkie organy oraz nie jest koniecznym uzyskiwanie zaświadczenia z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości (Krajowego Rejestru Sądowego). Wskazywał na treść § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), zgodnie z którym jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 § 4 - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Oświadczenia te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Odwołujący zaznaczał, iż wśród dokumentów złożonej oferty przetargowej z dnia 15 czerwca 2011 r. zostało załączone na podstawie § 4 ust. 3 powołanego wyżej rozporządzenia oświadczenie z dnia 14 czerwca 2011 r. członków Zarządu Spółki, tj.: Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz oświadczenie Spółki o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, złożone przed notariuszem. Zdaniem odwołującego, zaświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla osób reprezentujących spółkę ALMIG Kompressoren GmbH, tj. dla Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P. oraz zaświadczenie o

niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 tej ustawy dotyczące spółki ALMIG Kompressoren GmbH złożone przez odwołującego w dniu 23 sierpnia 2011 r. w związku z wezwaniem go przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odnoszą się do okresu przed upływem terminu składania ofert i tym samym potwierdzają stan istniejący przed dniem 16 czerwca 2011 r. z uwagi na przedłożone w załączeniu do oferty przetargowej ww. oświadczenia z dnia 14 czerwca 2011 r. złożone przed notariuszem w trybie § 4 ust. 3 powołanego rozporządzenia. Odwołujący powołał się na stanowisko w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1899/10), stwierdzające, iż „(...) Dokument opatrzony datą lipcową, a więc po terminie składania ofert, lecz odnoszący się do stanu sprzed dnia składania ofert (oczywiście nie wcześniejszego niż graniczna data "wsteczna" wskazana w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), należy uznać za prawidłowy.” Odwołujący przytoczył także dalsze tezy z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 293/11), stwierdzające że „Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. 2 p.z.p. uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 zd. 1 p.z.p. dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnianie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem nie chodziło ustawodawcy o to, aby wykonawcy przedstawiali na wezwanie do uzupełnienia - dokumenty z datą wystawienia nie późniejszą niż termin składania ofert, ale aby z treści dokumentów wynikało, że spełniali oni warunek nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed datą składania ofert i nie później niż na dzień składania ofert.” Mając na uwadze przytoczoną argumentację, odwołujący wywodził, iż (1) zaświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dla osób reprezentujących spółkę ALMIG Kompressoren GmbH, tj. dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P., (2) zaświadczenie o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczącym spółki ALMIG Kompressoren GmbH oraz (3) oświadczenia złożone przed notariuszem w trybie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) członków Zarządu ALMIG Kompressoren GmbH (Wilfried K., Joachima K., Thomasa P.) oraz Spółki, mając przy tym na uwadze złożone w załączeniu oferty przetargowej oświadczenia z dnia 14 czerwca 2011 r. – są prawidłowe, tzn. zgodne z wymaganiami przewidzianymi w ustawie Pzp, rozporządzeniu oraz SIWZ. Potwierdzają one bowiem spełnienie przez wykonawcę warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a co za tym idzie wskazują na brak podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 września 2011 r., do postępowania odwoławczego w dniu 5 września 2011 r. w terminie zgodnym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Górnośląski Zakład Obsługi

Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą jest zasadna i zgodna z obowiązującym porządkiem prawnym w zakresie udzielania zamówień publicznych. Zaznaczył, że odwołujący nie wniósł odwołania na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania. Czynność ta zatem stała się prawomocna i nie może być podważona. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania mogłoby nastąpić jedynie na skutek wniesienia odwołania na tę czynność. Przede wszystkim zaś zgłaszający przystąpienie podnosił, że informacje o niekaralności przedstawione przez odwołującego nie potwierdzają stanu faktycznego na dzień składania ofert. Za oczywiste uznał, że dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu mogą być wystawione po terminie składania ofert, lecz podstawową sprawą jest, aby z nich wynikało, że na dzień składania ofert warunek wymagany przez zamawiającego był spełniony. Stanowisko takie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 11 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 229/09, w którym czytamy: „Skład orzekający Izby stwierdza, iż treść art. 26 ust. 3 p.z.p. nie wyłącza możliwości złożenia w wyniku uzupełnienia dokumentu z datą po upływie terminu składania wniosków i ofert. Istotne jest wyłącznie to, że dokument ten, bądź oświadczenie ma potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków lub ofert. Identyczne stanowisko zostało przedstawione w publikacji: pod red. J. Sadowego "Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.," UZP, Warszawa 2008, str. 115-116. W tej mierze przywołał także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 8 sierpnia 2006 r., który nie stracił na aktualności, zgodnie z nim: "(...) zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają istniał także na dzień składania ofert (...)." Wskazywał, że zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie, zgodnie z którym "o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy (...)" wskazuje, iż do postępowania mogą przystąpić wyłącznie wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu już na dzień upływu terminu do składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu"; „Jako datę wiążącą i potwierdzającą, że dana osoba, której dotyczy wystawiane zaświadczenie, nie była karana, należy uznać datę wynikającą z pieczętki KRK (NIE FIGURUJE) w kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego," a nie datą wystawienia przedłożonego zaświadczenia o niekaralności. Zgodnie bowiem z § 11 ust. 1 rozporządzenia w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w KRK, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wnioski zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy



z adnotacją "NIE FIGURUJE." Uznanie natomiast, iż w zakresie danych dopuszczalne jest wskazywanie daty, czyniłoby takie zaświadczenie (zawierające dwie różne daty) sprzecznym w swej treści. Zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi wystawiania zaświadczeń o niekaralności urzędnik sądowy dokonuje weryfikacji w zakresie wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy, zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach. Uwzględniając powyższe nie jest możliwa weryfikacja przez tego urzędnika wskazanych danych w oparciu o datę inną niż dzień, wskazany w adnotacji KRK na pieczęci "NIE FIGURUJE." Odnosząc się do instytucji zatarcia skazania wynikającej z art. 106 k.k., Izba nie zanegowała skutków wynikających z tego przepisu, tj. iż z chwilą zatarcia skazania następuje jego uznanie za niebyłe. Jednakże zwróciła uwagę na okoliczność tego rodzaju, iż w wypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, w której istotne jest potwierdzenie - w sposób identyczny dla wszystkich wykonawców - że konkretne osoby po stronie wykonawcy nie były karane najpóźniej na dzień składania ofert (wniosków). Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby do sytuacji tego rodzaju, że w odniesieniu do osoby po stronie wykonawcy, co do której zatarcie skazania nastąpiłoby po terminie składania ofert, zaświadczenie z KRK mogłoby nie zostać złożone przez wykonawcę w sposób świadomy, licząc na uzupełnienie tego dokumentu po upływie terminu składania ofert, przewidując, iż zatarcie skazania nastąpi w tym okresie." Fakt, iż odwołujący przedstawił dodatkowo zamawiającemu oprócz informacji w trybie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt. 9 tej ustawy również oświadczenia złożone przed notariuszem w trybie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poczytał zgłaszający przystąpienie, za nie wywołujące żadnych skutków prawnych. Oświadczenia takie mogą być bowiem składane jedynie wówczas, gdy w miejscu zamieszkania osoby, lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów zaświadczeń. Tymczasem jak wynika z treści odwołania, w miejscu zamieszkania osób oraz w miejscu gdzie wykonawca ma siedzibę, przedmiotowe dokumenty są wydawane, gdyż zostały w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przekazane zamawiającemu. Z dokumentów tych jednakże nie wynika, niekaralność określonych osób, oraz podmiotu zbiorowego na dzień składania ofert.

Swój Interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, upatrywał w tym, że efektem prawidłowych jak dotychczas czynności zamawiającego, winno być oddalenie odwołania i podtrzymanie unieważnienia postępowania, co stworzy jego firmie możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego podczas powtórzenia procedury przetargowej. Uwzględnienie natomiast odwołania musiałoby prowadzić do nieuzasadnionego uzyskania przedmiotowego

zamówienia w toczącym się postępowaniu przez wykonawcę, który w rzeczywistości nie złożył najkorzystniejszej oferty, lecz ofertę podlegającą odrzuceniu ze względu na zaistnienie przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania. Nadto wskazywał, że w jego interesie pozostaje, aby procedury udzielenia zamówień publicznych były prowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Pismem z dnia 7 września 2011 r. odwołujący w trybie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego ze strony Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Odwołujący wskazywał, że wymieniony wykonawca nie posiada statusu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem jego oferta została odrzucona, a wykonawca zaakceptował taki stan rzeczy nie wnosząc odwołania. Odwołujący zaznaczał, że w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp mowa jest o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca. Chodzi więc w tym przypadku o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeżeli strona do której przystępuje wygra sprawę w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy - Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze do udziału w postępowaniu odwoławczym. Wymieniony nie jest uczestnikiem postępowania przetargowego, gdyż jego oferta została odrzucona (okoliczność bezsporna), nie wykazał więc interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ani interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwości poniesienia szkody. Natomiast posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia w prowadzonym postępowaniu jest nieodzowną przesłanką skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Powołanie się na możliwość wszczęcia przez zamawiającego nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, nie stwarza więc legitymacji do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – z poparciem czynności wykluczenia konkurencyjnego wykonawcy i unieważnienia prowadzonego postępowania. W tym względzie Izba podzieliła stanowisko odwołującego przedstawione w opozycji.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 września 2011 r., złożonym na rozprawie, zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której uznał zarzuty za bezzasadne i wniósł o ich oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. W uzasadnieniu podał, że z dokumentów

zaświadczeń wystawionych przez organ sądowy, złożonych przez odwołującego na wezwanie z dnia 9 sierpnia 2011 r. w odniesieniu do niekaralności osób reprezentujących spółkę ALMIG Kompressoren GmbH, tj. dla: Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P. oraz dotyczącego spółki ALMIG Kompressoren GmbH, nie wynika spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Na poparcie swoich twierdzeń, zamawiający przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7.12.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1715/09, - „Niemożność przedłożenia (zaświadczenia) z KRK na dzień składania wniosku (oferty) i uzupełnienie zaświadczenia z KRK wystawionego po dniu otwarcia ofert (wniosków) nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków). Data wystawienia zaświadczenia z KRK mogłaby być datą po dacie składania wniosków, tylko wówczas, gdyby z treści dokumentu wyraźnie wynikało, że wykonawca nie figurował w rejestrze na dzień składania wniosków.” Zamawiający powoływał się na okoliczność, iż w Niemczech wystawiane są dokumenty urzędowe na potwierdzenie niekaralności osób i podmiotów, zatem nie zachodziła przesłanka umożliwiająca przedstawienie dokumentów w postaci potwierdzonego notarialnie oświadczenia władz spółki, odpowiedniej treści. Podkreślał, że skoro w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, jego obowiązkiem było unieważnienie postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty odwołującego, protokołu postępowania z załącznikami, wezwania o uzupełnienie dokumentów i udzielonej odpowiedzi z załącznikami, akt sprawy sygn. KIO 1533/11. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i odwołującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa, nadzór nad montażem i uruchomienie bezolejowych sprężarek odśrodkowych powietrza i urządzeń pomocniczych wraz ze świadczeniem usług serwisowych w SEJ S.A.”

W rozdziale VIII SIWZ pkt 1 zamawiający postanowił. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania (...) w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca dołączył do oferty, między innymi:

ppunkt 5 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym a art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem

terminu składania ofert,

ppunkt 6 - aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym a art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W rozdziale VIII SIWZ ust. 2 zamawiający postanowił. Jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium RP, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym, że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem administracyjnym, albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób .

W rozdziale VIII SIWZ pkt 3 zamawiający postanowił. W przypadku wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium RP, zamiast dokumentów o których mowa w punkcie VIII.1.6 – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat (...),
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

W rozdziale VIII SIWZ pkt 5 zamawiający postanowił. Jeżeli w miejscu zamieszkania lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się takich dokumentów o których mowa w pkt VIII.3. – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem administracyjnym, albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę.

Pismem z dnia 30 czerwca 2011 r. odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zamawiającego do złożenia (między innymi) dokumentów, o których mowa w rozdziale VIII SIWZ pkt 1 ppkt 5 i punkt 1 ppkt 6 dotyczących wykonawcy ALMIG Kompressoren GmbH w terminie do dnia 5 lipca 2011 r.

We wniesionym odwołaniu wobec tej czynności, z dnia 18 lipca 2011 r., odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania, natomiast domagał się udzielenia stosownego czasu na uzupełnienie brakujących dokumentów w wymaganej formie i treści.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania w całości - Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2011 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie sygn. akt KIO 1533/11.

Ponownym wezwaniem z dnia 9 sierpnia 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia następujących dokumentów wskazanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 5 oraz ppkt 6 SIWZ, tj. 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 ofert oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W wyznaczonym terminie do 24 sierpnia 2011 r. odwołujący złożył przy piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r. zaświadczenia o niekaralności, wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 1 oraz z dnia 5 lipca 2011 r. potwierdzające niekaralność członków zarządu partnera konsorcjum odwołującego: ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy) dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P., Ponadto przedstawił zaświadczenie wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 5 lipca 2011 r. o niekaralności dla osoby prawnej, tj. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy). Przy piśmie z dnia 23 sierpnia 2011 r. odwołujący ponownie złożył te same zaświadczenia o niekaralności członków zarządu ALMIG Kompressoren GmbH jak wyżej opisane oraz dodatkowo złożył informację z dnia 18 sierpnia 2011 r. Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn, iż nie jest możliwe wydanie zaświadczenia o niekaralności z wcześniejszą datą wystawienia. Ponadto złożył oświadczenia skreślone odrębnie przed notariuszem przez każdego z członków zarządu, tj. Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P. o ich niekaralności na dzień składania ofert, złożył również oświadczenie Manfreda S. – prokurenta, o niekaralności podmiotu ALMIG Kompressoren GmbH - potwierdzające, że stan prawny i faktyczny na dzień otwarcia ofert tj. na 16 czerwca 2011 r. był taki jak w zaświadczeniach z dnia z 1 i 5 lipca 2011 r.

Okoliczność bezsporną stanowiło, iż pierwotnie w dokumentach oferty odwołującego zamieszczone zostały dokumenty z dnia 14 czerwca 2011 r. w postaci poświadczonych notarialnie oświadczeń własnych osób uprawnionych do reprezentowania spółki ALMIG Kompressoren GmbH o ich niekaralności, jak i o niekaralności samej spółki.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 16 czerwca 2011 r.

Wpłynęły 2 oferty:

1. oferta odwołującego z ceną brutto – 12 678 849,00 zł,
2. oferta wykonawcy Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, z ceną brutto – 7 865 850,00 zł.

Okoliczność bezsporną stanowiło, iż oferta Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa

Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze została odrzucona, a wykonawca nie wniósł na tą czynność odwołania.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Jednocześnie zamawiający powiadomił o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z następującym uzasadnieniem tej czynności. „Wykonawca w złożonej ofercie nie przedstawił wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. (Sygn. akt KIO 1533/11), pismem l.dz. UP/658/A.K./11 z dnia 09.08.2011 r. wezwał wykonawcę: ALMiG Kompressoren Polska S.A. ul. K. Kolumba 22, 02-288 Warszawa, ALMiG Kompressoren, GmbH 73257 Köngen, Adolf-Ehmann-Strasse 2 - do złożenia w określonym terminie wymaganych dokumentów dotyczących wykonawcy ALMiG Kompressoren, GmbH 73257 Köngen, Adolf-Ehmann-Strasse 2 tj.:

- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Na wniosek wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2011 r. zamawiający przedłużył termin złożenia wymaganych dokumentów do dnia 24 sierpnia 2011 r. W terminie ustalonym przez zamawiającego tj. do dnia 24.08.2011 r. wykonawca złożył zaświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla osób reprezentujących Spółkę ALMiG Kompressoren GmbH, figurujących w Rejestrze Handlowym Sądu Rejonowego Stuttgart: Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P. oraz zaświadczenie o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące wykonawcy ALMiG Kompressoren GmbH, wystawione z datą po terminie składania ofert. Zaświadczenia te nie potwierdzają niekaralności wykonawcy najpóźniej na dzień składania ofert tj. 16.06.2011 r. Ponadto wykonawca złożył pismo Federalnego Urzędu Sprawiedliwości z Bonn informujące, iż nie jest możliwe wydanie zaświadczeń o niekaralności z wcześniejszą datą wystawienia oraz złożył oświadczenia osób reprezentujących Spółkę ALMiG Kompressoren GmbH, figurujących w Rejestrze Handlowym Sądu Rejonowego Stuttgart: Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P., Manfreda S. złożone przed notariuszem poświadczające, iż zaświadczenia o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości potwierdzają, iż stan prawny i faktyczny na dzień 16 czerwca 2011 r. był taki jak w zaświadczeniach

wystawionych z datą późniejszą, o których mowa wyżej, powołując się przy tym na zapis pkt VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przedmiotowego postępowania. Z uwagi na to, że w kraju wykonawcy ALMIG Kompressoren GmbH, wydaje się dokumenty dotyczące niekaralności, o których mowa w pkt VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumenty złożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego, nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, a tym samym nie spełniają warunku określonego przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia. Skoro dowodził, iż czynności i zaniechania zamawiającego doprowadziły do bezpodstawnego odrzucenia złożonej oferty, narażając go na poniesienia szkody ze względu na nieuzyskanie zamówienia, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu postanowień art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bez znaczenia w tym względzie pozostawała okoliczność braku wprost zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania. Wykonawcy przysługuje prawo weryfikacji przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty, którego nie niweczy czynność unieważnienia postępowania.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych obligują zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy – którego urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej, prawomocnie skazano za przestępstwo w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Ponadto z postępowania wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do postanowień art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Na podstawie upoważnienia wynikającego z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w § 2 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 6 stanowi, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda:

- pkt 5 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 (...) ofert;

- pkt 6 aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (...) ofert.

Mając na względzie odrębności porządków prawnych w różnych państwach, z których wykonawcy uczestniczą w postępowaniach przetargowych, ustawodawca w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) zawarł odrębną regulację adresowaną do wykonawców, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, stanowiącą, że w takim przypadku, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 2-4 i pkt 6 (dotyczący podmiotu zbiorowego) – wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat (...),
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

W odniesieniu do pkt 5 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

Przepis § 4 ust. 2 rozporządzenia wymaga, aby dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a i c oraz pkt 2 były wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (...) ofert. Stosownie do postanowień § 4 ust. 3 rozporządzenia – jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 (dotyczącego daty wystawienia dokumentu) stosuje się odpowiednio.

Cytowane w omówieniu materiału dowodowego sprawy, wymagania zamawiającego w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do



wykonawców mających siedzibę zagranicą, nie odbiegały od przytoczonych wyżej regulacji ustawowych, co stanowiło okoliczność bezsporną między stronami.

Odwołujący nie kwestionował, iż jego obowiązkiem jako wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, zgodnie z ustalonymi warunkami uczestnictwa, było przedstawienie w dokumentach oferty:

- zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego wykonawcy ALMIG Kompressoren GmbH z siedzibą w Köngen (Niemcy): Wilfrieda K., Joachima K., Thomasa P., wydanych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą;

- dokumentu, że wobec tego wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

Bezspornie takie wymagane dokumenty w ofercie odwołującego nie zostały przedstawione w terminie jej złożenia, tj. przed upływem dnia 16 czerwca 2011 r. Przedstawiono jedynie oświadczenia wymienionych osób o ich niekaralności oraz oświadczenie o niekaralności firmy - członka konsorcjum odwołującego.

Okolicznością wymagającą rozstrzygnięcia pozostawała zatem kwestia sporna między stronami – skuteczność dokonanego uzupełnienia tych dokumentów na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający był zobligowany przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawców, którzy w dokumentach oferty nie złożyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, w zasadzie odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, do których należy zaliczyć także dokumenty poświadczające brak podstaw do wykluczenia, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert.

Wprawdzie odwołujący w wyznaczonym terminie do 24 sierpnia 2011 r. złożył przy piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r. zaświadczenia o niekaralności, wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 1 oraz 5 lipca 2011 r. potwierdzające niekaralność członków zarządu partnera konsorcjum odwołującego: ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy) dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P., przestawił też zaświadczenie wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 5 lipca 2011 r. o niekaralności dla osoby prawnej, tj. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy). Nadto przy piśmie z dnia 23 sierpnia 2011 r. odwołujący ponownie złożył te same zaświadczenia o niekaralności członków zarządu ALMIG Kompressoren GmbH, jak wyżej opisane oraz dodatkowo złożył informację z dnia 18 sierpnia 2011 r. Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn, iż nie jest możliwe wydanie zaświadczenia o niekaralności z wcześniejszą datą wystawienia wraz z

oświadczeniami złożonymi odrębnie przed notariuszem przez każdego z członków zarządu, tj. Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P., że stan prawny i faktyczny na dzień otwarcia ofert tj. na 16 czerwca 2011 r. był taki jak w zaświadczeniach z dnia z 1 i 5 lipca 2011 r. Ponadto złożył oświadczenie prokurenta Manfreda S. - na powyższą okoliczność w odniesieniu do samej spółki.

W oparciu o ustalony stan faktyczny sprawy i przytaczane wyżej uregulowania prawne, Izba uznała, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania podjęta została prawidłowo i znajdowała umocowanie w treści art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Pzp, gdyż mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów odwołujący nie wykazał braku postaw do wykluczenia w podanym zakresie - nie złożył wymaganych zaświadczeń, wydanych przez uprawniony organ przed datą złożenia oferty.

Dokumenty dla wykazania okoliczności braku podstaw do wykluczenia zostały w sposób enumeratywny i ścisły określony przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, które jednocześnie wymagają w art. 26 a ustawy Pzp, aby wykonawca na żądanie zamawiającego w i zakresie przez niego wskazanym wykazał nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 tej ustawy. Zatem nieodzownym warunkiem było aby dokumenty oferty potwierdzały wszelkie wymagania nie później niż na dzień składania ofert. Procedura uzupełniania brakujących lub wadliwych dokumentów przewidziana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stwarza możliwość wykonawcy, aby uzupełnił on w sposób dopuszczalny dokumenty swojej oferty, nie odstępuje jednak od wymogu, że składane w tym trybie dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnienie ustalonych warunków, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący nie zaprzeczył okolicznościom, że w Niemczech wydaje się dokumenty urzędowe potwierdzające niekaralność osób oraz samego wykonawcy jako podmiotu zbiorowego o braku zakazu ubiegania się o zamówienie. Niepodważalny dowód w tej sprawie stanowią dostarczone na wezwanie zamawiającego zaświadczenia wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 1 oraz 5 lipca 2011 r. potwierdzające niekaralność członków zarządu partnera konsorcjum odwołującego: ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy) dla: Wilfrieda K., Joachima K. oraz Thomasa P. oraz przedstawione zaświadczenie wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn z dnia 5 lipca 2011 r. o niekaralności dla osoby prawnej, tj. ALMIG Kompressoren GmbH Adolf-Ehmann-Str. 2, 73257 Köngen (Niemcy). Jednakże należało je uznać za spóźnione w świetle wyznaczonego terminu składania ofert do 16 czerwca 2011 r.

Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw aby negować prawdziwość oświadczeń złożonych przed notariuszem przez członków zarządu firmy ALMIG Kompressoren GmbH, iż stan prawny i faktyczny w omawianym zakresie był identyczny na dzień składania ofert.

Natomiast problem polega na tym, czego nie dostrzega odwołujący, że sposób tego wykazania był nieprawidłowy, nieskuteczny – nie odpowiadał ustalonym zasadom udziału w postępowaniu. Wykonawcy są związani warunkami przetargu, do którego przystępują. Zamawiający również nie może czynić żadnych odstępstw od warunków, które ustanowił, gdyż stanowiłoby to zaprzeczenie regułem równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem uczciwej konkurencji. Odwołujący zobowiązany był składając ofertę, dostosować się do wymagań obowiązujących przepisów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, adresowanych do wykonawców zagranicznych, nie poprzestając na przyzwyczajeniach w oparciu o przepisy i procedury obowiązujące na terenie Niemiec, na co się powoływał.

Izba podziela pogląd odwołującego, iż możliwe jest uwzględnienie dokumentu wystawionego później niż z datą składania ofert, ale wyłącznie gdy w jego treści poświadczą się urzędowo stan istniejący na określony dzień, tj. na dzień składania ofert, np. co jest możliwe w przypadku zaświadczeń z urzędu skarbowego o braku zaległości na oznaczony termin. Potwierdza to teza przywoływanego wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 2/07 X Ga 4/07 stwierdzająca, że zdaniem Sądu (...) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert.” W przypadku zaświadczeń o niekaralności, nie jest to jednak możliwe, co wynika wprost ze stanowiska Sądu, wydającego zaświadczenia przedstawione przez odwołującego. Nie podlegały uwzględnieniu oświadczenia osób i podmiotu uczestniczącego w konsorcjum, jako mające zastąpić wymaganą treść samego dokumentu, który na potwierdzenie niekaralności określonych osób i spółki został złożony przez odwołującego w trybie uzupełnienia dokumentacji jego oferty.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów.

Postępowanie dowodowe w sprawie nie wykazało zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj: przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy. Nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przepisów § 2 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 6 rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w związku z art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy Pzp. Kwestionowane czynności zamawiającego zostały przeprowadzone prawidłowo, znajdują umocowanie prawne i zostały w sposób pełny uzasadnione. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nakazuje natomiast unieważnienie postępowania w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika kwotę - 3 600,00 zł stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

