

Sygn. akt: KIO 1434/12

WYROK
z dnia 20 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Solski BM Sp. z o.o.**, 00-071 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 47/51 oraz **Burson-Marsteller s.p.r.l.**, Square de Meeûs B-1000 Brussels, Belgia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A.**, 00-585 Warszawa, ul. Bagatela 12

przy udziale wykonawcy **Grayling Poland Sp. z o.o.**, 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 80, lok. 10A zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (12.07.2012 r.)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Solski BM Sp. z o.o.**, 00-071 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 47/51 oraz **Burson-Marsteller s.p.r.l.**, Square de Meeûs B-1000 Brussels, Belgia i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Solski BM Sp. z o.o.**, 00-071 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 47/51 oraz **Burson-Marsteller s.p.r.l.**, Square de Meeûs B-1000 Brussels, Belgia tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez zamawiającego – Polską Agencję Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. z siedzibą w Warszawie na realizację kampanii promocyjnej *Polski Wschodniej – działania RP, reklama indor oraz strona kampanii – landing page* (nr postępowania DRR/PO/ZP-20/2012), wobec czynności wykluczenia z postępowania, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Solski BM Sp. z o.o. i Burson-Marsteller s.p.r.l (Konsorcjum BM) wnieśli w dniu 6 lipca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1434/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 lipca 2012 r. O czynności zamawiającego odwołujący został poinformowany w dniu 26.06.2012 r. w zawiadomieniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazanej drogą elektroniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2012/S 77-127035 w dniu 20.04.2012 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu podniesione zostały zarzuty wynikające z oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum BM i czynności wykluczenia Konsorcjum BM z postępowania, prowadzących do naruszenia prawa materialnego przez bezzasadne zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz przez błędną wykładnię przepisów § 2 ust. 1 i § 4 ust. 1 pkt 2) i ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), a także naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób bezzasadny uznał, iż Konsorcjum BM nie spełnia warunków w zakresie niekaralności urzędujących członków zarządu konsorcjantów opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, pomimo przedstawionych zamawiającemu oświadczenia złożonego przed notariuszem w Brukseli w dniu 14 maja 2012 r. wraz z urzędowym zaświadczeniami z rejestru wydanymi w dniach 8 i 11 czerwca 2012 r. dla urzędujących członków zarządu konsorcjanta, zamieszkałych poza terytorium RP. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum BM z postępowania, nakazanie dokonania ponownej oceny wszystkich złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nakazanie dopuszczenia do dalszego udziału Konsorcjum BM, w tym zaproszenia do złożenia oferty i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań odwołujący wskazał na zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie wykazania braku karalności osób wchodzących w skład organów zarządczych wykonawcy przez złożenie aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku osób wchodzących w skład organu zarządzającego mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, wymagane było zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności tych osób, z zastrzeżeniem, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania nie wydaje się takich zaświadczeń wykonawca miał złożyć dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. Takie same wymogi dotyczyły osób wchodzących w skład organów zarządzających wykonawcy mającego zarówno siedzibę na terytorium RP jak i poza terytorium RP. Wymagania zamawiającego stanowiły przeniesienie regulacji zawartej w § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 1 pkt 2) i ust. 3 Rozporządzenia.

Powołując się na orzecznictwo oraz literaturę, odwołujący uznawał, iż obowiązek przedłożenia oświadczeń prywatnych zastępujących zaświadczenia urzędowe występuje zarówno w sytuacji kiedy stosowne zaświadczenia nie są wydawane w ogóle w miejscu zamieszkania lub pochodzenia danego członka zarządu wykonawcy, jak i w sytuacji, gdy co prawda w danym kraju wydaje się zaświadczenia potwierdzające „niekaralność” danych osób, nie mniej treść tych zaświadczeń (zakres ujawnianych w nich informacji) nie odpowiada wymogom przepisów Pzp, czyli wydawane zaświadczenia nie są w pełni adekwatne do wymogów prawa polskiego.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum BM przedłożyło aktualne zaświadczenie z KRK dla prezesa zarządu spółki Solski BM sp. z o.o., zamieszkałego na terenie RP, a w odniesieniu do członka zarządu tej spółki oraz osób zarządzających Burson-Marsteller s.p.r.l. przedłożone zostało oświadczenie złożone w dniu 14 maja 2012 r. przed notariuszem. W ocenie odwołującego, Konsorcjum BM w celu wykazania braku karalności osób wchodzących w skład zarządu mogło poprzestać w stosunku do osób zamieszkałych poza terytorium RP na prywatnym oświadczeniu sporządzonym przed notariuszem w Belgii, gdyż urzędowe zaświadczenia o niekaralności wydawane w tym zakresie w Belgii nie są adekwatne do wymogów prawa polskiego. Prawo belgijskie zna inny niż obowiązujące w Polsce katalog przestępstwa, za których prawomocne skazanie ujawniane jest w rejestrze, które to przestępstwa są obarczone innymi sankcjami. W systemie prawa belgijskiego nie ma także jednej, naczelnej ustawy, będącej odpowiednikiem polskiego Kodeksu Karnego, jak również nie ma centralnego rejestru

karne. Rejestry karne prowadzone są w każdej gminie oddzielnie. Zatem zaświadczenia urzędowe wydawane w Belgii nie są odpowiednikiem zaświadczeń wydawanych z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Ponadto mając na uwadze okoliczność, iż wszyscy członkowie zarządu spółki prawa belgijskiego zameldowani z racji pełnionych funkcji w Belgii mają inną narodowość, oświadczenie złożone przed notariuszem w Belgii daje większą pewność co do faktycznego stanu „niekaralności” z uwagi na ograniczony zakres informacji uwzględnianych w urzędowych zaświadczeniach.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum BM przedłożyło zaświadczenia z rejestru belgijskiego wystawione w dniach 8 i 11 czerwca 2012, które jednoznacznie stwierdzały, że objęte tymi zaświadczeniami osoby nie były karane. Data wystawionych zaświadczeń może przypadać po dacie składania wniosków, gdyż z ich treści wyraźnie wynika, iż osoby nie są i nie były skazane w terminie składania wniosków, na którą to okoliczność odwołujący przedstawił opinię prawną sporządzoną przez adwokata uprawnionego do orzekania w sprawach dotyczących prawodawstwa Królestwa Belgii wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

Odwołując się do celu wprowadzonej regulacji dotyczącej postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jaką jest zapewnienie aby zamawiający nie kierował się kryteriami, jakie bierze pod uwagę prywatny przedsiębiorca (efektywność i racjonalność) zapewniając skuteczne i racjonalne działania zmierzające do realizacji zadań publicznych, polegających na uzyskaniu najkorzystniejszych gospodarczo ofert od wiarygodnych i posiadających odpowiednią wiedzę i potencjał podmiotów, a nie dążenie przez zamawiającego do dochowania przewidzianych aspektów czysto formalnych.

Jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji odwołujący wskazał uznanie przez zamawiającego oświadczenia złożonego przed notariuszem dotyczące niekaralności członka zarządu spółki Grayling Poland Sp. z o.o., zamieszkałego poza granicami RP, zamieszkałego w Wielkiej Brytanii, choć w państwie tym wydawane są urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób fizycznych przez Biuro Rejestrów Karalności. Każda zainteresowana osoba może także zwrócić się o wydanie zaświadczenia o niekaralności także do właściwego ze względu na miejsce zamieszkania wnioskodawcy posterunku policji.

W dniu 12.07.2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Grayling Poland Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 80, lok. 10A

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę Grayling Poland Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 80, lok. 10A i przy braku opozycji dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze jego uczestnika.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wniosku Konsorcjum BM, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do kwestionowania jako poprawnej czynności wykluczenia Konsorcjum BM z postępowania opartej na uznaniu, iż wykonawca nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie przedłożyła dokumentów potwierdzających brak karalności urzędujących członków organu zarządzającego każdego z konsorcjantów. Odwołujący wskazywał na skuteczność oświadczenia złożonego przed notariuszem i dotyczącego braku karalności członków zarządów spółek zamieszkałych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, dodatkowo wzmocnionego uzupełnionymi zaświadczeniami urzędowymi organów właściwych z uwagi na miejsce zamieszkania tych osób.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego z dnia 18 maja 2012 r. załączone zostały zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dla podmiotu zbiorowego Solski BM Sp. z o.o. oraz Prezesa Zarządu spółki na dzień 10 i 18 maja 2012 r., a także wyciąg z Centralnego Rejestru Karnego Federalnego Urzędu Sprawiedliwości Królestwa Belgii z dnia 24.04.2012 r. wydany dla podmiotu Bursto-Marsteller sprl w związku z udziałem w przetargu. Do wniosku załączone zostało również oświadczenie uprawnionego do reprezentacji konsorcjanta

zagranicznego Członka Zarządu złożone przed notariuszem w dniu 14 maja 2012 r., w którym między innymi potwierdzał, iż „żaden z urzędujących członków organu zarządzającego firmy Burston-Marsteller sprl ('Rady Menadżerów') nie został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, 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 mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”.

Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 30 maja 2012 r. do uzupełnienia między innymi w tym zakresie wniosku wyznaczając termin, do którego miały zostać przekazane dokumenty na dzień 04.06.2012 r. do godziny 11.00. W wezwaniu zamawiający wskazał, iż we wniosku nie zostały złożone dokumenty potwierdzające niekaralność wszystkich urzędujących członków organu zarządzającego dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Członka Zarządu Solski BM Sp. z o.o. oraz ośmiu Członków Zarządu Burston-Marsteller s.p.r.l. Zamawiający pouczył wykonawcę o treści przepisów rozporządzenia, określających rodzaj dokumentów, jakie należy złożyć dla osób zamieszkałych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający również wskazał na konieczność złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków, tj. w dniu 21.05.2012 roku.

Konsorcjum BM w dniu 30 maja 2012 r. potwierdziło pocztą elektroniczną otrzymanie wezwania oraz zgłosiło uwagi co do rozumienia treści wezwania, w tym wskazując, iż dostarczy aktualną informację z KRK dla Członka Zarządu Solski BM Sp. z o.o., natomiast nie widzi potrzeby dostarczenia dokumentu dotyczącego tej samej osoby jako Członka Zarządu Burston-Marsteller s.p.r.l, gdyż dostarczył notarialne poświadczony oświadczenie Roberta Macka z 14 maja 2012 r. o niekaralności wszystkich członków zarządu Burston-Marsteller s.p.r.l. Zamawiający odpowiadając na wątpliwości wykonawcy wyjaśnił, iż dokument zastępujący zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego może zostać złożony wyłącznie w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania osoby której dotyczy nie wystawia się zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, dotyczącego niekaralności tej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy i powinien zawierać oświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy złożone przez osobę, której dotyczy przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tej osoby.

W dniu 04.06.2012 r. Konsorcjum BM uzupełniło dokument KRK wystawiony dla Członka Zarządu spółki Solski BM Sp. z o.o., jednocześnie wskazując, iż brak jest w Belgii odpowiednika KRK, wystawianego dla członków zarządu spółki, które to osoby mogą się ubiegać o zaświadczenie o niekaralności jedynie w swoich miejscach zameldowania (gminach) i zobowiązało się do dostarczenia tych zaświadczeń do dnia 30 czerwca 2012 r. Wskazał również na oświadczenie załączone do wniosku dotyczące wszystkich członków zarządu spółki Bursto-Marsteller s.p.r.l.

W dniu 20 czerwca 2012 r. Konsorcjum BM przekazało zamawiającemu zaświadczenia o niekaralności wszystkich członków zarządu spółki Bursto-Marsteller s.p.r.l.

Zakres zarzutów, jak i podnoszona w odwołaniu argumentacja wskazuje na przedmiot sporu, jakim było ustalenie po pierwsze, czy dołączone do wniosku oświadczenie złożone przed notariuszem w Belgii dotyczące niekaralności członków zarządu spółki prawa belgijskiego było dokumentem właściwym dla wykazania braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum BM z postępowania, a po drugie, czy w związku z uzupełnionymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentami, decyzja zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum BM nie naruszała przepisów ustawy Pzp, w tym art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1.

W pierwszej kolejności konieczne było dokonanie wykładni przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich e dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), dotyczących dokumentów składanych dla osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Na gruncie ustawy, dokumentem jakiego zamawiający żąda jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca osób mających miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W przypadku wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, których wspólnicy/członkowie zarządu mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, składa on zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 (odpowiednio art. 24 ust. 1 pkt 4-8), wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia albo składania ofert (par. 2 ust. 2 i par. 4 ust.1 i 2 rozporządzenia). W przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osobnie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem,

właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób (par. 2 ust. 2 i par. 4 ust. 3 rozporządzenia). W ocenie składu orzekającego, z przywołanej treści rozporządzenia wynika przede wszystkim pierwszeństwo ustalenia, czy w kraju zamieszkania osób, których niekaralność jest przedmiotem badania, wydaje się zaświadczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 (24. Ust. 1 pkt 4-8), który to przepis dotyczy przestępstw, za których popełnienie wykonawcy skazani podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie wydaje się być utrwalony pogląd, iż rozbieżności w zakresie określenia w poszczególnych porządkach prawnych czynów zagrożonych pod groźbą kary, tak co do wymiaru kary, jak i ich znamion, a stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie stanowią o braku możliwości uzyskania stosownego zaświadczenia i jego złożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko to znalazło uznanie między innymi Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z dnia 07.06.2010 r., sygn. akt XIX GA 225/10, stwierdził, iż różnice w systemach prawnych państw zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które nie nakładają na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza RP obowiązku złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego, identycznego z zakresem zaświadczenia KRK. Rozporządzenie nie przewiduje również aby zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego (...) były dodatkowo wzmacniane oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organu samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dotyczą dokumenty. Należy zauważyć, iż ustawa określa jedynie rodzajowo charakter przestępstw, których konkretyzacja następuje w porządkach krajowych poszczególnych państw (w Polsce w ustawie Kodeks Karny). W ocenie składu orzekającego, jedynie wykazanie, iż w danym porządku prawnym żadne z wymienionych rodzajowo w ustawie przestępstw nie jest objęte sankcją karną, czy też wykazanie braku faktycznej możliwości pozyskania stosownego zaświadczenia z rejestrów urzędowych, uzasadniałoby przyjęcie za właściwe oświadczenia złożonego przed wymienionym w przepisie organami. Tym samym ustalenie, iż w danym państwie prowadzone są rejestry umożliwiające pozyskanie informacji o braku karalności osób w zakresie czynów zabronionych, odpowiadających rodzajowo czynom opisanym w ustawie, wyklucza złożenie przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia złożonego przed notariuszem lub organem właściwym miejsca zamieszkania osób, których oświadczenie miałyby dotyczyć.

W przedmiotowej sprawie odwołujący załączył do wniosku oświadczenie złożone przed notariuszem w Brukseli z dnia 14 maja 2012 r. przez, w którym zawarte zostało poświadczenie braku karalności urzędujących członków organu zarządzającego firmy

Burson-Marsteller sprl. W wyniku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, wykonawca już po przekroczeniu terminu na uzupełnienie dokumentów, tj. w dniu 20 czerwca 2012 r. przekazał zamawiającemu zaświadczenia z rejestru sądowego/rejestru karnego wydane przez poszczególne gminy według miejsca zamieszkania danych osób oraz wyciągi z centralnego rejestru sądowego, wystawione w dniach 8 i 11 czerwca 2012 r.

W ocenie składu orzekającego, przy braku dowodów ze strony odwołującego na okoliczność braku objęcia przez ustawodawcę belgijskiego sankcją karną czynów odpowiadających przestępstwu opisanym w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, złożone we wniosku oświadczenie nie mogło być uznane za dokument właściwy na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzający brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Niezależnie od powyższego, oświadczenie to nie mogło być uznane, jako dotyczące wszystkich członków organu zarządzającego spółki, zostało ono bowiem złożone przez jedną z tych osób i tylko do niej mogło być odnoszone. Należy zauważyć, iż zgodnie z przywoływaną powyżej treścią Rozporządzenia, oświadczenia zastępujące zaświadczenia o niekaralności osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składane są przed notariuszem lub właściwymi organami miejsca zamieszkania danej osoby. W ocenie Izby, oświadczenia musiały być złożone przez te osoby osobiście, lub przez ich pełnomocników(a), co jednak w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Stwierdzenie, iż składający oświadczenie był uprawniony do samodzielnej reprezentacji spółki, jest niewystarczające dla uznania, iż działał w imieniu i z upoważnienia osób fizycznych, pełniących funkcje członków zarządu spółki. Osoby te miały różne miejsca zamieszkania na terytorium kilku gmin w Belgii, a zatem i z tego powodu oświadczenie złożone przed notariuszem w Brukseli było niewłaściwe.

W tej sytuacji, zamawiający słusznie wezwał Konsorcjum BM do uzupełnienia dokumentów dotyczących braku karalności członków organów zarządzających spółki Burson-Marsteller s.p.r.l. oraz członka zarządu spółki Solski BM Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wyznaczając wykonawcy termin na ich złożenie, tj. do 04.06.2012 r. Wykonawca w terminie uzupełnił jedynie dokument dotyczący członka zarządu spółki Solski BM Sp. z o.o. (odpis z KRS z 31.05.2012 r.), a dokumenty dotyczące członków zarządu drugiego konsorcjanta przekazał zamawiającemu dopiero 20.06.2012 r. Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do uwzględnienia tych dokumentów, po pierwsze przekazanych z uchybieniem terminu, a po drugie wystawionych w dacie po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w sytuacji, kiedy z ich treści nie wynikało potwierdzenie stanu na dzień 21.05.2012 r. Należy zauważyć, iż procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podlega ścisłej regulacji ustawowej, która między innymi wymaga wskazania przez zamawiającego terminu na uzupełnienie

dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Termin ten był wiążący tak dla zamawiającego, jak i wykonawcy. W ocenie Izby, z korespondencji mailowej z dnia 04.06.2012 r. nie wynika, aby Konsorcjum BM zwróciło się o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, zawiera ona bowiem jedynie zobowiązanie tego wykonawcy do przedłożenia zaświadczeń do dnia 30 czerwca 2012 r. Ewentualne zastrzeżenia co do czasu, jaki zamawiający wyznaczył wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (tj. 3 dni robocze nie wliczając dnia wezwania), powinny być zgłaszane na wcześniejszym etapie postępowania, a nie przed Izbą na rozprawie. Należy zauważyć, iż uzupełnienie dokumentów stanowi sytuację wyjątkową, pozwalającą na ingerencję w dokumenty załączone do wniosku/oferty po ich otwarciu, a zamawiający zobowiązany jest do jej przeprowadzenia w sposób nie naruszający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszyscy wykonawcy mieli zagwarantowane takie same warunki dla uzupełnienia dokumentów, w tym również odwołujący. Złożenie dokumentów po terminie uniemożliwiało ich uwzględnienie, gdyż prowadziłoby do naruszenia równego traktowania wykonawców. Sytuację tą można porównać do złożenia wniosku/oferty po terminie i podobnie ją oceniać. Skoro zamawiający nie przedłużył terminu dla wszystkich wykonawców wezwanych do uzupełnienia dokumentów, złożone po terminie nie mogły być wzięte pod uwagę przez zamawiającego. Izba nie podziela poglądu zamawiającego o konieczności przedłożenia zamawiającemu zaświadczeń o niekaralności przedstawicieli członków organu zarządzającego spółki Burston-Marsteller, będących osobami prawnymi (dwóch spółek) w zakresie przestępstw o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Prowadziłoby to do rozszerzenia zakresu oceny spełnienia warunków o nowe nie wymienione w przepisach przesłanki. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy wykonawca wykazać ma, iż urzędujący członkowie organu zarządzającego osoby prawnej nie byli skazani za wymienione przestępstwa, a skoro osoba prawna, ustanowiona członkiem zarządu nie może podlegać karze i być skazana, to nie zachodzi w stosunku do takiego wykonawcy podstawa do wykluczenia z postępowania. Nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania fakt skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 urzędującego członka zarządu osoby prawnej, będącej członkiem zarządu podmiotu ubiegającego się o zamówienie (wykonawcy). Ocena braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania kończy się na poziomie urzędujących członków organu zarządzającego tej osoby prawnej, która jest wykonawcą w postępowaniu, a nie członkiem zarządu. Okoliczności te pozostawały jednak bez wpływu na wynik oceny spełnienia warunku z uwagi na uchybienie terminowi do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności, dodatkowo nie potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba odmówiła mocy dowodowej złożonej w odwołaniu opinii prawnej w przedmiocie aktualności zaświadczeń wydanych 8 i 11 czerwca 2012 r., sporządzonej na zlecenie strony

odwołującej, w której poza stwierdzeniem, iż brak skazania osób za wymienione przestępstwa uwzględnia stan istniejący przed datą wystawienia zaświadczeń, na dzień 21 maja 2012 r., nie zawiera żadnej dodatkowej argumentacji – wywodu prawnego, która pozwalałaby przyjąć to stanowisko za zgodne ze stanem prawnym obowiązującym w Belgii.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Izba nie miała podstaw do zbadania prawidłowości dokumentów złożonych przez innego wykonawcę, gdyż nie było w tym zakresie sformułowanego w odwołaniu zarzutu. Odwołujący wywodził jedynie zarzut naruszenia zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu z faktu uwzględnienia przez zamawiającego oświadczenia złożonego przed notariuszem przez innego wykonawcę w sytuacji, kiedy możliwe było uzyskanie zaświadczenia. Ponieważ Izba nie mogła odnosić się do dokumentów, których prawidłowość nie była kwestionowana w odwołaniu, rozstrzygnięcie tego zarzutu musiało być oparte wyłącznie na stwierdzeniu, czy sytuacja obu wykonawców była identyczna. W ocenie Izby, była ona różna, co wynikało z odmiennych regulacji prawnych państwa miejsca zamieszkania osób, których oświadczenia te dotyczyły.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, iż czynność wykluczenia Konsorcjum BM z postępowania nie naruszała wskazanych przepisów ustawy. Podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowił brak dokumentów, do których złożenia wykonawca był zobowiązany dla wykazania braku podstaw do jego wykluczenia. Dokumenty te należało przedłożyć we wniosku, a najpóźniej w terminie wskazanym w wezwaniu. Bez znaczenia dla udziału tego wykonawcy w dalszym etapie postępowania w tej sytuacji miało stwierdzenie, iż członkowie zarządu nie byli karani. To obowiązkiem wykonawcy było wykazanie tej okoliczności zamawiającemu za pomocą właściwych dokumentów, które pozwalałyby zamawiającemu na dokonanie pozytywnej weryfikacji braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na etapie oceny wniosku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15.000,00 zł) i kosztami postępowania obciążyła odwołującego.

Przewodniczący: