

WYROK
z dnia 22 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Nextbike Polska Sp. z o.o., 01-756 Warszawa, ul. Przasnyska 6b**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8**,

przy udziale **BikeU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy **BikeU sp. z o.o.** z postępowania, pomimo niewykazania przez wykonawcę **BikeU sp. z o.o.** spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie nieprzedłożenia odpowiedniego zaświadczenia potwierdzającego niekaralność w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania, oferty wykonawcy **BikeU** za odrzuconą, a konsekwencji poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy **BikeU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa**, dokonanie czynności badania i oceny ofert.

1a. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nextbike Polska Sp. z o.o., 01-756 Warszawa, ul. Przasnyska 6b** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8** na rzecz wykonawcy **Nextbike Polska Sp. z o.o., 01-756 Warszawa, ul. Przasnyska 6b** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Wrocław Urząd Miejski Wrocławia, 50 – 141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Usługa polegająca na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu”*.

Zamawiający dnia 19 grudnia 2014 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 29 grudnia 2014 roku wykonawca Nextbike Polska Sp. z o.o., 01 – 756 Warszawa, ul. Przasnyska 6b (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BikeU Sp. z o.o. z postępowania, pomimo niewykazania przez wykonawcę BikeU spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym wykluczeniu wykonawcy konsorcjum firm Sharing Union Sp. z o.o. (Lider) oraz MC2 Spółka Akcyjna oraz odrzuceniu jego oferty w podobnych okolicznościach.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BikeU z postępowania, pomimo niewykazania przez wykonawcę BikeU spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania, oferty wykonawcy BikeU za odrzuconą.
4. Art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, a jednocześnie niedokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego, która, jako jedyna nie podlega odrzuceniu oraz jej cena nie przekracza kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Alternatywnie:

5. Zaniechanie wezwania wykonawcy BikeU do uzupełnienia wykazu głównych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania

oraz o nakazanie zamawiającemu podjęcia następujących czynności:

- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) wykluczenia wykonawcy BikeU z postępowania,
- 4) ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert,
- 5) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 6) ewentualnie, wezwania wykonawcy BikeU do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust 1 Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu jedyną ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Mimo to, zamawiający wybrał zamiast oferty odwołującego, ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania (wykonawcy BikeU), jako najkorzystniejszą. Na skutek wskazanych czynności podjętych przez zamawiającego, odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. W interesie odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca BikeU Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa (dalej „Przystępujący” lub „BikeU”).

Zamawiający, dnia 16 stycznia 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący, na posiedzeniu złożył pismo procesowe – odpowiedź na odwołanie.

Izba ustaliła, 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.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego są usługi polegające na uruchomieniu oraz kompleksowej eksploatacji samoobsługowej wypożyczalni rowerów publicznych we Wrocławiu.

Termin składania ofert upływał w dniu 28 listopada 2014 roku.

Do wskazanego przez zamawiającego terminu wpłynęły 3 oferty. Oferta odwołującego, pod względem ceny, plasowała się na drugim miejscu, po wykluczeniu z postępowania trzeciego z wykonawców.

Zamawiający pismem z dnia 3 grudnia 2014 roku, wezwał przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów dla podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Zamawiający żądał złożenia m.in. następujących dokumentów: aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – w odniesieniu do podmiotów zbiorowych. W przedmiotowym wezwaniu zamawiający poczynił uwagę odnoszącą się do osób mających miejsce zamieszkania poza granicami RP – zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący pismem z dnia 9 grudnia 2014 roku, złożył żądane przez zamawiającego dokumenty, w tym m.in. oświadczenie złożone przed notariuszem dotyczące niekaralności w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp oraz w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, że złożone przez przystępującego dokumenty są wystarczające i zupełne oraz potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dlatego też dnia 19 grudnia 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę BikeU.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i dnia 29 grudnia 2014 roku wniósł odwołanie. Odwołujący podniósł, iż wykonawca BikeU na stronach 0007 - 0009 swojej oferty złożył odpis dokumentu mającego poświadczać wykonanie usługi wskazanej w wykazie. Następnie, w dniu 10 grudnia 2014 r. złożył uzupełniony dokument poświadczeń. Złożone poświadczenia nie spełniają przesłanek do uznania ich za poświadczenia wymagane zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów. W ocenie odwołującego, dokumenty zostały podpisane przez szeregowego pracownika miasta Liverpool, który nie był uprawniony do reprezentowania miasta, ani nie posiada pełnej wiedzy o okolicznościach wykonania zamówienia, jak np. nie posiada wiedzy o szczegółowych rozliczeniach z firmą Hourbike Ltd, czy o naliczonych temu podmiotowi ewentualnych karach umownych.

W dalszej kolejności, złożone przez wykonawcę poświadczenia nie zostały wystawione na papierze miasta Liverpool, a jedynie na papierze go przypominającym. Fakt ten sugeruje, iż może to być np. wersja robocza dokumentu, ostatecznie niezatwierdzona.

Odwołujący wskazał, że pisemne zobowiązanie firmy Hourbike Ltd. do udostępnienia wykonawcy BikeU wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, z dnia 19 listopada 2014 r., zostało złożone na stronach 0011 - 0012 oferty. Następnie, 10 grudnia 2014 r. wykonawca BikeU przedstawił, w celu uzupełnienia dokumentów, podobne oświadczenie z dnia 25 listopada 2014 r. Zdaniem odwołującego, oświadczenie to nie

gwarantuje realności udostępnienia potencjału przez firmę Hourbike Ltd. W szczególności, w oświadczeniu firmy Hourbike Ltd. nie określono:

- sposobu udostępnienia potencjału - firma Hourbike Ltd., ograniczyła się jedynie do stwierdzenia, iż będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, przy czym z oświadczenia nie wynika, w jaki sposób miałyby uczestniczyć w jego wykonywaniu. W tym zakresie, należy wskazać, iż wykonawca BikeU oświadczył na stronie 0003 oferty, iż przedmiot zamówienia wykona siłami własnymi,

- zobowiązanie firmy Hourbike Ltd. nie stanowi w szczególności pisemnego zobowiązania innego podmiotu do zrealizowania części zamówienia wymaganego zgodnie z postanowieniami zawartymi w Rozdziale IX pkt A ppkt 4 s.i.w.z.,

- zakresu przekazania wiedzy i doświadczenia - ponownie, firma Hourbike ograniczyła się do ogólnego sformułowania, iż udostępni wiedzę i doświadczenie, nie wskazując przy tym, jaką wiedzę i doświadczenie. Zakres ten można próbować wyczytać jedynie z oświadczenia samego wykonawcy BikeU, zawartego w wykazie na stronie 0006 oferty wykonawcy BikeU. Okoliczność ta, nie znajduje jednak potwierdzenia w złożonym zobowiązaniu,

- uprawnienie do dysponowania przez wykonawcę BikeU referencjami wystawionymi na rzecz firmy Hourbike Ltd.,

- właściwego terminu udostępnienia potencjału - wykonawca powinien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert. Tymczasem, z zobowiązania firmy Hourbike Ltd. wprost wynika, iż wykonawca BikeU nie dysponował potencjałem firmy Hourbike w tym terminie. Jak wynika z oświadczenia firmy Hourbike Ltd. wiedza i doświadczenie firmy Hourbike Ltd. zostaną wykonawcy BikeU udostępnione jedynie w przypadku, gdy wykonawca BikeU uzyska zamówienie będące przedmiotem postępowania.

Podsumowując argumentację dotyczącą zobowiązania firmy Hourbike Ltd., odwołujący stwierdził, iż wykonawca nie wykazał realność udostępnienia potencjału, którym miałby dysponować, ze względu na brakujące elementy konieczne takiego zobowiązania podmiotu trzeciego. Dokument ten, nie podlega dalszemu uzupełnieniu, z uwagi na fakt, iż w tym zakresie wykonawca BikeU dokonywał już uzupełnień i w dalszym ciągu nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jedynie z ostrożności należy wskazać, iż w tym zakresie, zamawiający był zobowiązany przynajmniej do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu wykonanych głównych usług (strona 0006 oferty wykonawcy BikeU).

Zdaniem odwołującego, wykonawca BikeU nie złożył dokumentów określonych w Rozdziale IX B pkt 1-6 s.i.w.z. dotyczących firmy Hourbike Ltd. w swojej ofercie. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego BikeU złożył dokumenty, które w dalszym ciągu nie potwierdzają, iż firma Hourbike Ltd. nie podlega wykluczeniu z postępowania, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu gdyż:

- złożony wydruk z rejestru danych o przedsiębiorstwach prowadzonego przez Companies House potwierdza stan na dzień 9 grudnia 2014 r. Tymczasem, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie 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 Oznacza to, iż dokument ten został uzupełniony błędnie.

- wykonawca BikeU złożył oświadczenie, jak wynika z treści tego oświadczenia, prezesa firmy Hourbike Ltd., dokonane w obecności notariusza, iż prezes firmy Hourbike Ltd., zamieszkały w Wielkiej Brytanii, nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy Pzp. Oświadczenie to nie może zostać uznane, gdyż w Wielkiej Brytanii funkcjonują, co najmniej dwie instytucje, które umożliwiają uzyskanie zaświadczenia o niekaralności, na obszarze całej Wielkiej Brytanii - *The Disclosure and Barring Service (DBS)* oraz *Disclosure Scotland*. Tymczasem, możliwość przedstawiania oświadczeń złożonych przed notariuszem została ograniczona jedynie do przypadków, gdy w miejscu zamieszkania danej osoby nie wydaje się odpowiednich zaświadczeń. Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż wątpliwości powinno budzić, czy przedmiotowe oświadczenie spełnia warunki oficjalnego oświadczenia złożonego przed notariuszem w rozumieniu § 4 ust 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, ze względu na brak odpowiednio oficjalnego charakteru pisma oraz brak możliwości weryfikacji, czy oświadczenie takie, w danym dniu zostało faktycznie złożone - brak jest np. sygnatury, numeru, czy innego oznaczenia danego, dokumentu.

Alternatywnie, w przypadku uznania, iż możliwe jest skuteczne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę BikeU w zakresie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy BikeU do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, skoro odpowiednie dokumenty nie zostały przedstawione w ofercie złożonej przez wykonawcę BikeU ani wraz z pismem złożonym przez wykonawcę BikeU w dniu 10 grudnia 2014 r.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego. Zamawiający podniósł, iż w odniesieniu do informacji przedstawionych w wykazie usług wykonawcy BikeU oraz co do informacji wynikających z dołączonego dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie, należy stwierdzić co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył wykaz usług, w którym wskazał usługę realizowaną przez Hourbike Ltd. - podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się

wykonawca w zakresie wiedzy i doświadczenia na rzecz Liverpool City Council, od dnia 15 maja 2014 r. do chwili obecnej, tj. do dnia 31 października 2014 r. oraz załączył dokument, potwierdzający należyte jej wykonywanie „Referencje”.

Zamawiający podkreślił, iż w szczególności rozporządzenie w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający, ani żaden inny przepis prawa nie precyzuje, nie uszczegóławia, ani nie wprowadza żadnych reguł aby dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia miał być wystawiony w szczególnej formie (tutaj np. na papierze firmowym podmiotu na rzecz którego usługa była wykonana). W ocenie zamawiającego, zarówno wykaz zrealizowanych usług, jak i dokument potwierdzający należyte jej wykonywanie, spełnia pozytywny warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również jest zgodny z rozporządzeniem w sprawie dokumentów.

Zdaniem zamawiającego zarzut, iż dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi został podpisany przez szeregowego pracownika Liverpool jest również bezzasadny i nie może się ostać. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił i nie wymagał, aby dowód potwierdzający należyte wykonanie usługi (tj. referencje) były podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania miasta. Zdaniem zamawiającego warunek ten byłby zbyt rygorystyczny i niezasadny. Zamawiający wskazał, że obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają żadnych unormowań dotyczących obowiązku czy prawa zamawiającego do weryfikowania prawnego umocowania osób podpisujących referencje. Podkreślenia wymaga fakt, że odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował treści zapisów referencji, co stanowi istotną okoliczność. Ponadto, pomimo ciążącego na odwołującym obowiązku, w świetle art. 6 kodeksu cywilnego, odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, słuszności swoich twierdzeń.

Zdaniem zamawiającego, załączone do oferty zobowiązanie firmy Hourbike Ltd. (str. 0011 i 0012 oferty), sporządzone w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, spełniają wymagania zawarte w s.i.w.z.

Odwołujący zarzucił, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego brak jest wskazanego sposobu udostępnienia potencjału. W ocenie Zamawiającego argumentacja odwołującego jest chybiona, a zarzuty nieuprawnione. W celu wykazania okoliczności dysponowania zasobami innych podmiotów, zarówno ustawa Pzp jak i s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu dopuszczają korzystanie przez wykonawcę z różnych dowodów, w tym w szczególności z pisemnego zobowiązania (danego) podmiotu. W niniejszym zobowiązaniu podmiotu trzeciego w pkt 1 i 2 został określony sposób wykorzystania zasobów. Tak więc z w/w zobowiązania w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że udostępnienie zasobu jest rzeczywiste i sposób korzystania z tego zasobu przez wykonawcę BikeU zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto, z treści zobowiązania jednoznacznie wynika, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, zatem stanowi to deklarację wprost, iż użycza zasoby pracownicze oraz będzie uczestniczył w opracowaniu, wdrożeniu, uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu publicznych bezobsługowych wypożyczalni rowerów.

Zamawiający wskazał, że w żadnym miejscu ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma przepisu zobowiązującego wykonawcę do wykonania zamówienia z udziałem podwykonawcy, w szczególności w osobie podmiotu trzeciego, który zobowiązał się oddać do dyspozycji niezbędne zasoby celem korzystania z nich przez wykonawcę, jak również zapisy s.i.w.z. na to nie wskazują. Zgodnie z orzecznictwem KIO udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy nie musi nastąpić w formie podwykonawstwa.

Zdaniem zamawiającego, w załączonym do oferty zobowiązaniu podmiotu trzeciego w pkt. 1 i 2, został określony pełny zakres wykorzystania zasobów, tj. udostępnienie wykonawcy wiedzy i doświadczenia niezbędnych przy wykonywaniu zamówienia dotyczących opracowania, wdrożenia, uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu publicznych bezobsługowych wypożyczalni rowerów.

Zamawiający wskazał, że art. 26 ust. 2b pozostawia wykonawcom dowolność, co do sposobu udowodnienia rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, pozostawiając otwarty katalog środków dowodowych służących potwierdzeniu udostępnienia zasobów. Art. 26 ust. 2b wskazuje jedynie ogólnie i przykładowo na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystano z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne, wiążące zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego, przedłożone w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę BikeU zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie i wiedzę wykonawca powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez BikeU. Wykonawca w dostateczny sposób, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść złożonego zobowiązania, w którym podmiot trzeci udostępniający zobowiązał, się do uczestnictwa w realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie; organizacji sposobu wykonania usługi, przekazania - użyczenia swoich pracowników do nadzoru nad wykonywaniem zamówienia, udzielanie wszelkich informacji w zakresie opracowania, wdrożenia, uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu publicznych bezobsługowych

wypożyczalni rowerów w całym okresie realizacji zamówienia. Zdaniem zamawiającego, zobowiązanie jest czytelne i jednoznaczne w swej treści oraz konkretne, ponieważ wskazuje kto, komu, w jaki sposób a przede wszystkim jaki zasób udostępnia, a także gwarantuje udostępnienie zasobów przez cały czas realizacji zamówienia,

W ocenie zamawiającego odwołujący nie uwzględnił treści warunku udziału w postępowaniu wprowadzonego przez zamawiającego. Odwołujący wywodził, iż niezbędnym dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu było potwierdzenie dysponowania przez wykonawcę wymaganą wiedzą i doświadczeniem na dzień składania ofert. Zdaniem zamawiającego, prowadziłyby to do modyfikacji sposobu oceny spełniania warunku opisanego przez zamawiającego w s.i.w.z., poprzez jego zawężenie wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca miałby dysponować wiedzą i doświadczeniem w dacie składania oferty. Tymczasem, zamawiający dopuszczał do udziału w postępowaniu nie tylko tych wykonawców, którzy dysponowali w chwili składania oferty wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, ale również tych wykonawców, którzy będą nim dysponować. Zgodnie z treścią s.i.w.z., nie było zatem konieczne faktyczne dysponowanie wiedzą i doświadczeniem w dacie składania ofert. Tym samym, składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokument - oświadczenie podmiotu trzeciego, wymagane w sytuacji, kiedy wykonawca własnej wiedzy i doświadczenia nie posiadał, miało potwierdzać, iż na etapie realizacji zamówienia wykonawca będzie tą wiedzą i doświadczeniem dysponował.

Zamawiający wskazał, że nie wzywał wykonawcy BikeU do uzupełnienia dokumentu, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż nie budziło ono wątpliwości zamawiającego lecz wykonawca BikeU samodzielnie, z własnej inicjatywy, powtórnie złożył zobowiązanie o tożsamej treści, co zobowiązanie dołączone do oferty. Przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie budziło żadnych wątpliwości interpretacyjnych w ocenie zamawiającego, w odróżnieniu od np. zobowiązania złożonego przez konsorcjum: Shering Union Sp. z o.o., MC2 S.A., które to jako wadliwe nie spełniło wymogów postawionych w s.i.w.z. Zdaniem zamawiającego, przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego załączone do oferty, spełnia wymagania określone w Rozdziale IX A pkt 6 s.i.w.z., albowiem określa ono, w jakim zakresie będzie uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że przedłożony wydruk z rejestru firmy Hourbike Ltd. nie zawiera informacji o otwarciu likwidacji ani o ogłoszeniu jej upadłości, jedynie zawiera informację odnośnie reprezentacji podmiotu. W związku z powyższym wykonawca BikeU dołączył oświadczenie podmiotu trzeciego, złożone przed notariuszem, iż nie otwarto likwidacji jego spółki oraz nie ogłoszono jej upadłości. Wyżej wymienione oświadczenie zostało złożone przed notariuszem w dniu 25 listopada 2014 r., tj. przed terminem składania ofert.

Jak potwierdza liczne orzecznictwo oraz doktryna, data wystawienia dokumentu uzupełnianego, na wezwanie Zamawiającego, nie musi być tożsama z datą, na którą następuje potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jednakże treść uzupełnianego dokumentu musi wyraźnie wskazywać, że określony warunek, który potwierdzany jest tym dokumentem był wypełniony najpóźniej w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, 10 i 11 ustawy Pzp, wykonawca BikeU, w dniu 10 grudnia 2014 r. dołączył oświadczenie podmiotu trzeciego, złożone przed notariuszem w dniu 25 listopada 2014 r., że nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8, 10 i 11 ustawy Pzp.

Zamawiający, posłużył się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO/191/14 z dnia 3 marca 2014 r., w którym Izba stwierdziła, że w Anglii, rejestr jakim jest DBS nie wystawia zaświadczeń z rejestru karnego dotyczących osób zarządzających, które mogłyby swoim zakresem pokrywać zakres wymaganych informacji jak wymaga ustawa Pzp, Tym samym wystarczającym i jedynie możliwym było złożenie dokumentu w postaci oświadczenia złożonego przed notariuszem.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

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.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący udowodnił zasadność części z zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający postawił przed wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu następujące, warunki udziału w postępowaniu:

- w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia - wykonawca miał się wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, uruchomił i zapewnił kompleksową eksploatację przez co najmniej 3 miesiące co najmniej 1 systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów miejskich obejmującego co najmniej 300 rowerów i 30 stacji rowerowych. (Rozdział VIII ppkt 1.2. s.i.w.z.),

W celu potwierdzenia spełniania warunków wskazanych powyżej zamawiający wymagał złożenia:

- w zakresie wiedzy i doświadczenia (Rozdział VIII ppkt 1.2. s.i.w.z.) - wykazu wykonanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz informacją dotyczącą ilości rowerów i stacji rowerowych (wzór załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z załączeniem dowodów, czy usługi zostały wykonane należycie (Rozdział IX pkt A ppkt 2 oraz ppkt 3 s.i.w.z.). W przypadku, gdyby wykonawca polegał na doświadczeniu innego podmiotu w tym zakresie, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający wymagał również złożenia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do zrealizowania części zamówienia (Rozdział IX pkt A ppkt 4 s.i.w.z.).

Jednocześnie zamawiający wymagał w przypadku, w którym wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w Rozdziale VIII ppkt 1.2 s.i.w.z. (posiadanie wiedzy i doświadczenia) polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te miałyby brać udział w realizacji części zamówienia, również w odniesieniu do tych podmiotów, złożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale IX B pkt 1 – 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z zapisem Rozdziału VIII pkt 5 s.i.w.z., zamawiający wskazał, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) zawierające:

- a) zakres zobowiązania podmiotu trzeciego (czego dotyczy zobowiązanie),
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje),
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem (umowa o pracę, umowa o świadczenie usług, umową przedwstępną),
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia (faktyczny okres, przez który podmiot trzeci udostępni Wykonawcy swoje zasoby i w jakim zakresie).

Wykonawca BikeU, jak wynika z wykazu ze strony 0006 jego oferty, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VIII ppkt. 1.2. (posiadanie wiedzy i doświadczenia) powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - firmy Hourbike Ltd. W ww. wykazie wskazano, iż usługą wykonaną w zakresie warunku opisanego w rozdziale VIII ppkt 1.2. (posiadanie wiedzy i doświadczenia) s.i.w.z. jest usługa na rzecz Liverpool City Council, wykonywana od 15 maja 2014 r. do chwili obecnej. Oznacza to, iż wykonawca był zobowiązany do złożenia, poza dokumentami własnymi:

- poświadczeń dotyczących usługi wykonanej na rzecz Liverpool City Council,
- pisemnego zobowiązania firmy Hourbike Ltd. do oddania wykonawcy BikeU do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia poprzez zrealizowanie części tego zamówienia;
- dokumentów określonych w Rozdziale IX B pkt 1-6 s.i.w.z.

Odnosząc się szczegółowo do podniesionych zarzutów, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący wadliwości złożonego poświadczenia, które w ocenie odwołującego zostało podpisane przez osobę do tych czynności nieuprawnioną, wadliwości papieru firmowego miasta Liverpool, Izba uznała za bezpodstawny.

Izba wskazuje, że odwołujący, za wyjątkiem opisanego w sposób szczątkowy wskazywanego naruszenia, nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności podnoszone w odwołaniu. W szczególności odwołujący nie udowodnił, iż osoba podpisująca rzeczony poświadczenie (referencje) była faktycznie do tych czynności nieupoważniona. Fakt, iż odwołujący miał również wątpliwości, co do papieru, na jakim poświadczenie zostało wystawione, Izba pozostawiła bez komentarza.

Zarzut dotyczący zobowiązania firmy Hourbike Ltd. i braku możliwości stwierdzenia realności udostępnienia potencjału, Izba uznała za bezzasadny.

Unormowanie (w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odnoszące się treści zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby, zostało wprowadzone przez zamawiającego w zgodzie z przepisem § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Skoro zatem zamawiający przedstawił szczegółowe żądania w zakresie ewentualnego udziału podmiotu trzeciego, udostępnionego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to następnie zobowiązany jest do szczegółowej analizy dokumentu (oświadczenia) w tym zakresie.

Analizując zobowiązanie złożone do oferty przez przystępującego, które zostało wystawione przez udostępniający swoje zasoby podmiot – Hourbike Ltd., Izba stwierdziła, iż być może zawiera ono pewne braki czy niedociągnięcia, jednakże z treści zobowiązania można wywieść, iż przedmiotowe zobowiązanie ma charakter realny i możliwy do przyjęcia.

Wskazać bowiem należy, że w treści rzeczonoego zobowiązania został opisany zarówno zamawiający, wykonawca (składający ofertę), jak i podmiot (który udostępnia swój potencjał). Ponadto spółka Hourbike Ltd. (podmiot udostępniający) odnosząc się do wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

- 1) zakresu zobowiązania – podała, iż *udostępnienie zasobów nastąpi poprzez przekazanie know-how, doświadczenia, wiedzy, technicznego wsparcia oraz użyczenia zasobów pracowniczych w celu wykonania z należytą starannością zamówienia publicznego w przypadku jego uzyskania przez firmę BikeU sp. z o.o.*, co oznacza, iż opisała w sposób jasny i czytelny, że zakres udostępnienia obejmuje know-how, doświadczenie i wiedzę. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż zakres dotyczący technicznego wsparcia oraz udostępnienia zasobów pracowniczych, co najwyżej mógłby odnosić się do innego warunku udziału w postępowaniu (cyt. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), ale zamawiający w zakresie tego warunku nie postawił żadnych szczegółowych wymagań. Dlatego też zobowiązanie w tym zakresie nie może odnosić się do wiedzy i doświadczenia,
- 2) sposobu wykorzystania zasobów – podała, że *udostępnienie wykonawcy wiedzy i doświadczenia niezbędnych przy wykonywaniu zamówienia dotyczących opracowania, wdrożenia, uruchomienia oraz zarządzania i kompleksowej eksploatacji systemu publicznych bezobsługowych wypożyczalni rowerów, nabytych przy wykonywaniu następujących usług: dostawa, utrzymanie parków rowerów, dostarczanie floty rowerów oraz zapewnienie eksploatacji oraz zarządzanie flotami rowerowymi (obsługa)*, co oznacza, iż opisała w sposób jasny i czytelny, sposób wykorzystania przekazywanych zasobów. W ocenie Izby z treści powyższego oświadczenia wynika, że udostępniający swoje zasoby podmiot będzie brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia, a z pewnością w części, w której posiada już stosowną wiedzę i doświadczenie, a mianowicie w zakresie dostawy, utrzymania parków rowerowych, dostarczania floty rowerów oraz zapewnienia eksploatacji oraz zarządzania flotami rowerowymi (obsługa),
- 3) charakteru stosunku – podała, iż *będzie uczestniczyła w zadaniu wynikającym z niniejszego zobowiązania*. Co prawda udostępniający swoje zasoby wykonawca nie określił stosunku zobowiązaniowego, jaki będzie wiązał go z wykonawcą, jednak biorąc pod uwagę okoliczność, iż już sam fakt podjęcia czynności w zakresie chęci

udostępnienia swoich zasobów i wyrażenia chęci uczestniczenia w realizacji zadania, dają wyraz zapatrywania i konieczności przyjęcia, że stosunek taki zostanie zawarty w przypadku uzyskania zamówienia przez wykonawcę przystępującego. Rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów, jak i sam przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie wskazują bowiem na obowiązek prezentacji takiego związku między stronami, który należałoby wyrazić w treści zobowiązania. Co więcej przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zawiera wyraźne wskazanie, iż wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunku,

- 4) zakresu i okresu udziału – podała, *cały okres realizacji zamówienia*. Stwierdzić należało, że zakres wynika z wcześniejszego oświadczenia (pkt 1), zaś okres został podany i nie budzi wątpliwości.

Tym samym, w ocenie Izby, kontekst sytuacyjny składanego zobowiązania w powiązaniu z informacjami w nim zawartymi daje podstawy do uznania, iż przystępujący udowodnił zamawiającemu spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w oparciu o udostępnione zasoby podmiotu trzeciego. W pozostałym zakresie Izba podziela stanowisko przedstawione przez zamawiającego, a odnoszące się do tego zarzutu.

Zarzut dotyczący wadliwości złożonego przez przystępującego wydruku z rejestru danych o przedsiębiorstwach, Izba uznała za bezzasadny.

Rozdział VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia daje możliwość powoływania się w tym zakresie przez wykonawców na potencjał podmiotów trzecich. W pkt 7 Rozdziału IX B s.i.w.z. zamawiający wskazał *„Jeżeli Wykonawca, wykazuje spełnienie warunku, o którym mowa w Rozdziale VIII ppkt 1.2), polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymaga się w odniesieniu do tych podmiotów złożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale IX B) pkt 1-6.”*

Zamawiający, na podstawie załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 3 grudnia 2014 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, dotyczących podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przystępujący dnia 10 grudnia 2014 r. uzupełnił żądane dokumenty, tj. m.in. kwestionowany przez odwołującego - wygenerowany w dniu 9 grudnia 2014 r. wydruk z rejestru danych o przedsiębiorcach prowadzony przez Companies House w języku angielskim, wraz z tłumaczeniem.

Na gruncie przepisów prawa polskiego aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej jest dokumentem, który ma

potwierdzać brak podstaw do wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. otwarcia likwidacji czy też ogłoszenia upadłości, a także uwidacznia osoby uprawnione do reprezentacji firmy.

Jak wynika bowiem z § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, 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 w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, wskazać należy na cel składanego dokumentu, tj. jaką okoliczność składany dokument ma potwierdzać. Skoro zatem odpis składanego rejestru ma potwierdzać brak otwarcia likwidacji czy też ogłoszenia upadłości, to tylko w tym zakresie może być oceniany. Niemniej podkreślić należy, że w miejscu siedziby wykonawcy udostępniającego swoje zasoby przystępującemu (Wielka Brytania), dane przedstawiane w dokumencie rejestrowym spółki nie zawierają informacji dotyczących otwarcia likwidacji czy też ogłoszenia upadłości. W związku z powyższym, w tym zakresie konieczne jest, aby wykonawca potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu posiłkował się dokumentami określonymi przepisem § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, który stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 - 4 i 6 – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że jeżeli w kraju miejsca 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, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Przystępujący, w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 3 grudnia 2014 roku, uzupełnił brakujący dokument (w omawianym zakresie), składając oświadczenie złożone przed notariuszem w zakresie potwierdzającym, że wobec udostępniającego swoje zasoby

podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Oświadczenie powyższe potwierdza stan na dzień 25 listopada 2014 roku, czyli jest aktualne na dzień składania ofert. Przystępujący złożył również Informację z Brytyjskiego Rejestru Danych o Przedsiębiorstwach „Companines House”, w którym jednakże nie znajdują się wymagane informacje dotyczące likwidacji spółki czy upadłości. Ponadto jak wynika z treści rzeczonoego rejestru, cyt. *„Companines House to brytyjski rejestr danych o przedsiębiorstwach. (...), ale nie mamy ustawowych możliwości weryfikacji prawdziwości informacji przesyłanych do nas przez jednostki korporacyjne. Przyjmujemy wszelkie informacje w dobrej wierze i zamieszczamy je w publicznych rejestrach. Fakt umieszczenia informacji w rejestrze publicznym nie oznacza, że Companines House dokonał ich sprawdzenia lub weryfikacji.”*. Powyższe powoduje obowiązek przyjęcia i uznania dokumentu, oświadczenia złożonego przez notariuszem, potwierdzającego brak otwarcia likwidacji czy też ogłoszenia upadłości, za jedynie możliwy i potwierdzający aktualny stan prawny spółki (przedsiębiorstwa).

Zarzut dotyczący nie złożenia zaświadczenia dla prezesa spółki Hourbike Ltd. w zakresie informacji, że nie był karany w zakresie określonym przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8, 10 i 11 ustawy Pzp, Izba uznała za zasadny.

Przystępujący, na wezwanie zamawiającego dotyczące złożenia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp, dotyczącej podmiotu udostępniającego swoje zasoby, przedłożył oświadczenie z dnia 25 listopada 2014 roku, złożone przed notariuszem, w którym p. T. C. oświadczył, że nie był karany w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy - Prawo zamówień publicznych (...).

Odwołujący na rozprawie przedstawił dowody (z dokumentów), w tym m.in.:

- opinię prawną brytyjskiego prawnika,
- oficjalny poradnik dla zamawiających, wydany przez Ministerstwo Gospodarki/Izbę Handlową Kancelarii Prezesa Rady Ministrów Wielkiej Brytanii,
- wyciąg z ustawy Police Act 1997,
- screen strony internetowej Disclosure Scotland,
- przykładowy Basic Disclosure,
- Basic Disclosure złożony w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska,
- fragment poradnika dotyczącego Police National Computer (ze strony internetowej - rządowej),
- wydruk z korespondencji z Disclosure Scotland,
- wydruk z korespondencji z Ambasadą Polski w Londynie,
- poradnik umieszczony na stronie internetowej (rządowej), dotyczący możliwości sprawdzania rejestru przestępstw w DBS,
- wydruk z systemu e-certis.

Dla wszystkich dokumentów składanych w języku angielskim, złożono tłumaczenie na język polski.

Izba dopuściła wszystkie ww. dowody stwierdzając, iż są one niezbędne do ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy i stwierdzenia czy w Wielkiej Brytanii można uzyskać zaświadczenie z właściwego organu administracyjnego dotyczące karalności (czy też jego braku) w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp.

Izba dopuściła również dowód zgłoszony przez przystępującego, tj. zaświadczenie z Disclosure Scotland z dnia 23 grudnia 2014 roku, wystawione dla p. T. . który ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba wskazuje, że zarówno zamawiający, jak i przystępujący w swojej argumentacji dotyczącej ocenianego zarzutu, powoływali się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane w zakresie, w jakim odnosiły się do dokumentów możliwych do uzyskania w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii. Jednakże orzecznictwo wskazywane odnosiło się do innych organów, a mianowicie do DBS (Disclosure and Barring Service) oraz do CRB (Criminal Records Bureau). Zamawiający i przystępujący nie odnieśli się do Disclosure Scotland, która to instytucja, również działa na terenie Wielkiej Brytanii i w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest instytucją właściwą do wydawania zaświadczeń w zakresie informacji o skazaniu za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jak bowiem wynika ze złożonych dowodów, podstawowe zaświadczenie o niekaralności (Basic Disclosure) wydane przez Disclosure Scotland, wydawane jest na podstawie art. 12 ustawy o policji z 1997 roku. W treści zaświadczenia ujmuje się informacje o wyrokach skazujących w sprawach karnych wydanych przeciwko osobie, której wniosek dotyczy lub wzmiankę o braku ich istnienia. Termin „wyrok skazujący w sprawie karnej” został zdefiniowany w ustawie o resocjalizacji przestępców z 1974 roku, przy czym nie obejmuje on wyroków, w stosunku do których nastąpiło zatarcie skazania.

W przypadku wnioskodawcy, którego miejsce zamieszkania znajduje się w Anglii lub Walii, wniosek rozpatrywany jest zgodnie z art. 112 ustawy o policji z 1997 r., z uwzględnieniem długości okresów resocjalizacji, o których mowa w art. 5 ustawy o resocjalizacji przestępców z 1974 r., mających zastosowanie w Anglii i Walii.

W przypadku wnioskodawcy, którego miejsce zamieszkania znajduje się w Szkocji lub poza obszarem Wielkiej Brytanii, wniosek rozpatrywany jest zgodnie z art. 112 ustawy o policji z 1997 r., z uwzględnieniem długości okresów resocjalizacji, o których mowa w art. 5 ustawy o resocjalizacji przestępców z 1974 r., mających zastosowanie w Szkocji.

Ponadto wskazać należy, że zaświadczenie z Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii

(dowód: korespondencja odwołującego z Disclosure Scotland oraz korespondencja odwołującego z Ambasadą RP w Londynie).

W ocenie Izby, Disclosure Scotland jest organem właściwym do dostarczenia dowodu potwierdzającego skazanie (lub jego brak) w Wielkiej Brytanii osoby fizycznej sprawującej kontrolę nad podmiotem gospodarczym biorącym udział w przetargu o zamówienie publiczne. Podstawowe zaświadczenie o niekaralności (zawierające informacje o wszystkich niezatartych wyrokach) wydawane przez Disclosure Scotland jest dokumentem właściwym do stwierdzenia jakichkolwiek niezatartych skazań dla zapewnienia zgodności z ustawą - Prawo zamówień publicznych, wdrażającą art. 45 Dyrektywy 2004/18/EC.

Izba zwraca uwagę, że skoro Disclosure Scotland wystawiając podstawowe zaświadczenie o niekaralności w odniesieniu do osoby fizycznej, które to zaświadczenie zawiera wszystkie niezatarte skazania, to należy przyjąć, iż jest ono zbieżne z informacją zawartą w polskim KRK, gdyż w przypadku zaświadczenia uzyskanego z KRK, rejestr wystawiający zaświadczenie, poprzez stwierdzenie „nie figuruje” potwierdza, iż dana osoba w żadnym z możliwych rodzajów przestępstw, nie jest skazana. Analogicznie, skoro Disclosure Scotland wystawiając zaświadczenie z informacją „Wnioskodawca nie figuruje w rejestrze osób skazanych”, to potwierdza, że osoba dla której wystawiane jest to zaświadczenie, nie jest skazana za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym należy rozumieć też katalog przestępstw określonych przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp.

W powyższym zakresie należy zatem przytoczyć opinię UZP odnoszącą się, co prawda do polskiego KRK, jednakże znajdującą swoje zastosowanie do przedmiotowego rozstrzygnięcia, cyt. „W celu rozstrzygnięcia niniejszej kwestii konieczne jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292), zwanej dalej „ustawą o KRK”, oraz aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy. Przepis art. 7 ust. 1 tej ustawy stanowi, że prawo do uzyskania informacji, czy jego dane osobowe zgromadzone są w Rejestrze, przysługuje każdemu. Osobie, której dane osobowe znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze, na jej wniosek, udostępnia się informację o treści wszystkich zapisów jej osoby. Z powyższego wynika, że każdy obywatel lub rezydent państwa członkowskiego Unii Europejskiej ma prawo do złożenia zapytania do Rejestru o informację w nim zawartą lub w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, dotyczącą jego osoby, jeżeli jest lub był obywatelem lub rezydentem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, do którego kierowane jest zapytanie (vide: art. 7 ust. 1a ustawy o KRK). Prawo do uzyskania informacji, czy jego dane są zgromadzone w Rejestrze, przysługuje także każdemu podmiotowi zbiorowemu, przy czym podmiotowi, którego dane znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze, na jego wniosek, udostępnia się informację o treści wszystkich zapisów dotyczących tego podmiotu (vide: art. 7 ust. 2 ustawy o KRK).

Zgodnie z art. 19 ustawy o KRK informacji o osobie na podstawie danych zgromadzonych w rejestrze udziela się na wniosek ww. osób. Jednocześnie wskazać należy, że dyspozycja przepisu art. 19 ust. 3 wskazuje, jakie elementy obligatoryjnie powinny składać się na wniosek o udzielenie informacji o osobie (o podmiocie zbiorowym). Wniosek osoby, o której mowa w art. 7 ust. 1, o udzielenie informacji z Rejestru powinien zawierać: nazwisko, w tym także przybrane, imiona, nazwisko rodowe, datę i miejsce urodzenia, imiona rodziców, nazwisko rodowe matki, miejsce zamieszkania, obywatelstwo oraz numer PESEL i podpis wnioskodawcy. Wniosek podmiotu zbiorowego, o którym mowa w art. 7 ust. 2, powinien zawierać oznaczenie tego podmiotu i jego adres. Przy czym, jeżeli we wniosku nie określono rodzaju i zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji, informacja ta powinna zawierać odpis wszystkich zapisów dotyczących wnioskodawcy zamieszczonych na kartach rejestracyjnych i zawiadomieniach. Szczegółowe zasady udzielania informacji z Rejestru określają przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930, z późn. zm.). Stosownie do postanowień § 11 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 10 pkt 2 ww. rozporządzenia. Do informacji tej załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek. Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją "NIE FIGURUJE". Z powyższego wynika zatem, iż w każdym przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, nie są zgromadzone w Rejestrze, informacji z Rejestru udziela się w sposób określony w § 11 ust. 2 ww. rozporządzenia poprzez zwrot zapytania lub wniosku z adnotacją „NIE FIGURUJE”. W takim przypadku informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie lub wniosek, w ogóle nie figuruje w Rejestrze, z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym także za przestępstwo przeciwko środowisku. Przy czym należy wskazać, iż powyższy sposób udzielenia informacji z Rejestru dotyczy także przypadku, gdy w zapytaniu lub wniosku określono zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji. (...).” (http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2231;wykluczenie_z_postepowania_o_udzielenie_zamowienia_publicznego_wykonawco_w_na_podstawie_art._24_ust._1_pkt_4-8_ustawy_pzp_z_tytulu_prawomocnego_skazania_za_przestepstwo_przeciwko_srodowisku.html).

Biorąc powyższe pod uwagę, a także mając na względzie przepis § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, który stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 5 i 7 – 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, 10 i 11 ustawy, gdyż w myśl obowiązujących przepisów, co zostało wykazane przez odwołującego, możliwe jest uzyskanie zaświadczenia z właściwego organu administracyjnego, tj. Disclosure Scotland, który swoim zakresem obejmuje wszystkie rodzaje przestępstw, co z kolei oznacza, że oświadczenie (podmiotu trzeciego) złożone przed notariuszem, nie jest dokumentem właściwym, w myśl przywołanego wyżej rozporządzenia. Rozporządzenie bowiem, dopuszczając możliwość posłużenia się oświadczeniem złożonym przed notariuszem, przewiduje wyjątek, polegający na przypadku, że jeżeli w kraju miejsca 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, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem (§ 4 ust. 3 ww. rozporządzenia). A tak jak to już zostało wyżej stwierdzone, w Wielkiej Brytanii istnieje organ administracyjny, który wydaje stosowne zaświadczenia.

W zakresie organu administracyjnego, jakim jest DBS, Izba podtrzymuje w całości dotychczas prezentowane stanowisko, które zostało wyrażone w wyroku z dnia 3 marca 2014 roku, sygn. akt: KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14, KIO 205/14.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku dowodowego przystępującego z korespondencji z innego postępowania stwierdzając, iż dowód służy jedynie przedłużeniu postępowania.

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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: