

**WYROK**  
**z dnia 29 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie oraz Strabag Rail a.s. w Střekov w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie oraz Strabag Rail a.s. w Střekov i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie oraz Strabag Rail a.s. w Střekov tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Modernizacja linii kolejowego nr 274 Wrocław – Zgorzelec na odcinku Wrocław – Jelenia Góra – modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi tor nr 1 szlak Marciszów – Janowice Wielkie*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp.

III. Odwołujący złożył odwołanie, kierując zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: ETF Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz ETF SAS. z siedzibą w Beauchamp i zaniechania odrzucenia ich oferty, ewentualnie zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 3 i 9, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy w zw. z § 4 ust 3 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z § 3 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia wykonawcy: ETF Polska Sp. z o.o. oraz ETF S.A.S., który w złożonej ofercie oświadczył nieprawdę, co miało istotny wpływ na wynik toczącego się postępowania, a ponadto nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ ;
2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności uznania oferty wykluczonego wykonawcy: ETF Polska Sp. z o.o. oraz ETF S.A.S. za odrzuconą;

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania,
4. art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy: ETF Polska Sp. z o.o. oraz ETF S.A.S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu i dokonywanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy lub zaniechaniu dokonania określonych przepisami ustawy PZP czynności

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ETF Polska Sp. z o.o. z oraz ETF S.A.S. jako najkorzystniej w przedmiotowym postępowaniu;
2. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. wykluczenia wykonawcy: . ETF Polska Sp. z o.o. z oraz ETF S.A.S. z postępowania i uznania ich oferty za odrzuconą;
4. uznania przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego;

ewentualnie

5. wezwania wykonawcy: ETF Polska Sp. z o.o. z oraz ETF S.A.S. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia tych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z rażącym naruszeniem przepisów ustawy: wykonawca ETF Polska sp. z o.o. oraz ETF S.A.S. podlega wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, a jego ofertę należało odrzucić, albowiem złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z pkt 9.1.2 pkt c, d i e Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Instrukcji dla Wykonawców [dalej „SIWZ” „IDW’] Zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą następujących dokumentów:

*„c) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 9 Ustawy [w zakresie zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów*

*odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary], wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert;*

*d) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;*

*e) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

*W pkt 9.3 SIWZ IDW Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 9.1.2. IDW: „składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: [...]:*

*„b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;*

*c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie”.*

Zgodnie z pkt 9.4 SIWZ IDW, dokumenty wskazane w pkt b powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a dokument wskazany w pkt c nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W niniejszym postępowaniu ETF S.A.S. przedłożył:

1. dla potwierdzenia spełniania warunku wskazanego w pkt 9.1.2. pkt c – kopię dokumentu nazwanego „*Odczytanie rejestru niekaralności B2*” – z którego wynika, że w odpowiedzi na prośbę przedstawiciela spółki o sprawdzenie rejestru niekaralności pracownik kancelarii stwierdził, że rejestr niekaralności [biuletyn 2] jest aktualnie pusty.

2. dla potwierdzenia spełniania warunku wskazanego w pkt 9.1.2. pkt d – kopię zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach numer 1966497 z dnia 02.01.2015 r. „*Attestation de Régularité Fiscale*” – z którego wynika, że na dzień 31.12.2014 ETF S.A.S. nie wykazuje zaległości w zakresie ciążyących na niej obowiązków podatkowych. Dodatkowo w zaświadczeniu wskazano, że spółka jest spółką zależną grupy podlegającej wspólnej formie opodatkowania lub konsolidacji płatności podatku VAT, w związku z czym podatek od osób

prawnych lub podatek VAT od wyników finansowych grupy jest regulowany przez spółkę dominującą, tj. VINCI S.A. Stąd też, aby poświadczyć niezaleganie w płatności podatków, spółka zależna powinna dołączyć zaświadczenie o niezaleganiu w płatności podatku od spółek lub podatku VAT spółki dominującej. W związku z tym ETF S.A.S. przedłożył kopię zaświadczenia z 02.01.2015 r. o niezaleganiu w podatkach w odniesieniu do VINCI S.A. Zarówno zaświadczenie dotyczące ETF S.A.S. jak i VINCI S.A.S. potwierdzenia niezaleganie w płatności podatków na dzień 31.12.2014 r.

3. dla potwierdzenia spełnienia warunku wskazanego w pkt 9.1.2. pkt d – kopię zaświadczenia o dopełnieniu obowiązku złożenia deklaracji ubezpieczeniowych i niezaleganiu w płatności składek na ubezpieczenie społeczne z dnia 27.01.2015 r. wystawionego przez URSSAF [Regionalny Związek Poboru Składek na Ubezpieczenie Społeczne i Zasiłki Rodzinne], z którego wynika, że na dzień 31.12.2014 r. ETF S.A.S. nie zalega ze składkami w zakresie ubezpieczenia społecznego, zasiłków rodzinnych, składek społecznych ubezpieczenia od bezrobocia oraz składek AGS.

W odniesieniu do dokumentu „*Odczytanie rejestru niekaralności B2*” Odwołujący podkreślił, że nie potwierdza on, że wobec wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z opinią Ministerstwa Sprawiedliwości i Wolności Republiki Francuskiej z 22.07.2011r. [powołaną w uzasadnieniu wyroku KIO z 15 maja 2012r. – sygn. KIO 800/12, KIO 813/12, KIO 804/12, KIO 807/12], wypis z rejestru nr 2 [Biuletynu nr 2] nigdy nie jest wydawany osobie prawnej i wyłącznie jednostka wymieniona w art. 776–1 kodeksu procedury karnej może wystąpić o rejestr nr 2 i w takiej sytuacji rejestr będzie wysyłany bezpośrednio do tej jednostki. Izba stwierdziła w komentowanym wyroku [str. 34 uzasadnienia wyroku], że jedynie oświadczenie złożone przed notariuszem może wyjaśnić kwestię zakazu ubiegania się o zamówienie. Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z 7 maja 2010 r. [sygn. akt VI Ga 49/10], a także wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 7 czerwca 2010 r. [sygn. akt sygn. akt XIX Ga 225/10] stwierdzono, że skoro w kraju pochodzenia wydaje się zaświadczenie, które nie jest w pełni adekwatne do wymogów polskich przepisów, należy je zastąpić oświadczeniem.

W odniesieniu do zaświadczeń z organu podatkowego oraz organu właściwego w spr. ubezpieczeń społecznych, Odwołujący podniósł, że zarówno w odniesieniu do zaświadczenia o niezaleganiu z płatnością podatków jak i składek na ubezpieczenie społeczne ETF S.A.S. przedłożył dodatkowo akt notarialny „*zawierający złożenie dokumentów*”. Zgodnie z treścią tego aktu ETF S.A.S. złożył w Kancelarii m. in. oryginalne egzemplarze oświadczeń w formie aktów prywatnych sporządzonych w języku polskim oraz języku angielskim opatrzonych datą 7 kwietnia 2015 r.

W pierwszym z oświadczeń przedstawiciel ETF S.A.S. oświadczył, że *„zgodnie z obowiązującymi we Francji przepisami prawnymi, oświadczenia potwierdzające, że ETF S.A. S. nie zalega z opłacaniem podatków wydawane jest tylko raz w roku. W związku z tym dokument z dnia 02.01.2015 r. i 07.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości podatkowych na dzień wydania niniejszego oświadczenia”.*

Z kolei drugie z oświadczeń zawiera stwierdzenie, że: *„zgodnie z obowiązującymi we Francji przepisami prawnymi, zaświadczenie potwierdzające, że ETF S.A.S. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne wydawane jest tylko raz do roku. W związku z tym dokument z dnia 27.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne na dzień wydania niniejszego oświadczenia.”.*

Wątpliwości w odniesieniu do powyższych dokumentów powziął sam Zamawiający i pismem z 23.06.2015 r. wezwał wykonawcę na zasadzie art 26 ust. 3 i 4 ustawy do wyjaśnienia i ewentualnego uzupełnienia dokumentów w zakresie zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i podatków. Zamawiający zwrócił uwagę, że zaświadczenia te przedstawiają stan 31.12.2014 r., tj. wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W piśmie z 29.06.2015 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego wykonawca wyjaśnił, że zgodnie z obowiązującymi we Francji przepisami zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i podatki wydawane są tylko raz w roku. ETF S.A.S. przedłożył zaświadczenia, jakie posiadał w dniu złożenia oferty, a w związku z pkt 9.5. IDW Tom I SIWZ przedłożył również oświadczenie złożone przed notariuszem w dniu 08.04.2015 r. potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne. Wykonawca wyjaśnił też, że oświadczenia te potwierdzają, że: dokument z dnia 02.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości podatkowych na dzień wydania oświadczenia oraz, że dokument z 27.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne na dzień wydania niniejszego oświadczenia.

Przedłożone przez wykonawcę zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne nie spełniają wymogów § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* [zwane dalej „Rozporządzeniem”], co zresztą zauważył Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów/wyjaśnienia. Zarówno zaświadczenie

o niezaleganiu z podatkami jak i składkami na ubezpieczenie społeczne wystawiono wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

W piśmie z 29.06.2015 r. jak i oświadczeniach z 07.04.2015 r. Wykonawca wyjaśnił, że zgodnie z obowiązującymi we Francji przepisami prawnymi, zaświadczenie potwierdzające niezaleganie z podatkami i składkami na ubezpieczenie wydawane jest tylko raz w roku. Twierdzenie wykonawcy w tym zakresie nie podlega prawdzie. Zgodnie z pkt 180 Powszechnych Regulacji Prawnych „*Dispositions Juridiques Communes*” zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach można otrzymać w ciągu całego roku. Niezależnie od daty złożenia wniosku w danym roku, zaświadczenie każdorazowo dotyczyć będzie sytuacji przedsiębiorstwa na dzień 31 grudnia [vide: Biuletyn Urzędowy Finansów Publicznych – Podatków „Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts” <http://bofiD.im pots.aouv.fr/bofip/8485–PGP.html>]. Podobne regulacje obowiązują w odniesieniu do zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie.

Nie istniały więc na dzień składania ofert przeszkody, by wykonawca przedłożył zaświadczenia o niezaleganiu z płatnością podatków, jak i składek na ubezpieczenie społeczne wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Tym samym oświadczenie ETF S.A.S. w powyższym zakresie, tj. zawierające stwierdzenia, że zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wydawane jest tylko raz w roku jest nieprawdziwe. Tym samym wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w związku z tym, że są to informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania wykonawca winien zostać wykluczony.

Nawet gdyby przyjąć, że we Francji nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami i składkami ubezpieczeniowymi, co Odwołujący oczywiście kwestionuje, to przedłożone przez wykonawcę oświadczenia z 07.04.2015 r. nie spełniają wymogów § 4 ust. 3 Rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem 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 [tj. m. in. zaświadczeń o niezaleganiu], 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]. Do oferty wykonawca załączył akt notarialny z 08.01.2015 r. sporządzony przez notariusza w Beauchamp: „zawierający ZŁOŻENIE DOKUMENTÓW”, w tym oświadczeń wskazanych w

pkt 4 i 5 w zakresie niezalegania z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie z dnia 07.04.2015r. Z powyższego wynika, że oświadczenie w tym zakresie nie zostało złożone przed notariuszem, a jedynie złożone w Kancelarii notariusza. Potwierdza to chociażby data oświadczenia – 07.04.2015 r., podczas gdy akt notarialny sporządzono w dniu 08.04.2015 r.

Z daleko idącej ostrożności wskazać należy również, że oświadczenia z 07.04.2015 r. złożone w Kancelarii notariusza w dniu 08.04.2015 r. nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.1. SIWZ – IDW – *„w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 Ustawy”*.

W obu oświadczeniach złożonych w dniu 07.04.2015r. przedstawiciel ETF S.A.S. oświadczył odpowiednio, że *„dokument z 02.01.2015 r. i 07.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości podatkowych na dzień wydania niniejszego oświadczenia”* oraz, że *„dokument z dnia 27.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne na dzień wydania niniejszego oświadczenia.”*

Oświadczenie wystawiane zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia winno potwierdzać okoliczności objęte dokumentami, które zastępują, co niniejszej sprawie nie miało miejsca.

I tak, w odniesieniu do § 3 ust. 1 pkt 3 – wykonawca winien złożyć oświadczenie, że nie zalega z opłacaniem podatków, lub uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji, właściwego organu a w odniesieniu do § 3 ust. 1 pkt 4 – wykonawca winien oświadczyć, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Treść obu oświadczeń z 07.04.2015 r. odnosi się wyłącznie do treści zaświadczeń o niezaleganiu w płatności podatków oraz składek na ubezpieczenie dokument jest aktualny i potwierdza brak zaległości, zamiast oświadczenia o tym, że wykonawca nie zalega stosownie do wymogów Rozporządzenia z opłacaniem podatków i składek ubezpieczeniowych.

Niezależnie od powyższych zarzutów, w oparciu o które Odwołujący co do zasady kwestionuje oświadczenia z 07.04.2015 r., w odniesieniu do oświadczenia odnoszącego się do zaświadczenia URSSAF o niezaleganiu z opłacaniem składek, oświadczenie to nie



potwierdza braku zaległości wykonawcy w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne. Przedstawiciel ETF S.A.S. z 07.04.2015r.: oświadczył, że: „dokument z 27.01.2015 r. jest aktualny i potwierdza brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne na dzień wydania niniejszego oświadczenia.” Z treści zaświadczenia URSSAF z 27.01.2015 r. wynika, że przedmiotem pisma jest „Zaświadczenie o dopełnieniu obowiązku złożenia deklaracji ubezpieczeniowych i niezaleganiu w płatności składek na ubezpieczenie społeczne oraz dopełnieniu obowiązku złożenia deklaracji dla kandydatów ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego na dzień 31 grudnia 2014 r.” Dalej zaświadczenie precyzuje, że: „Niniejsze zaświadczenie o dopełnieniu obowiązku złożenia deklaracji i niezaleganiu w płatności składek na ubezpieczenie społeczne, zasiłki rodzinne, ubezpieczenia od bezrobocia i składek AGS [fundusz gwarancji wynagrodzeń]”. W zaświadczeniu znalazło się również stwierdzenie organu, że: „dokument został przygotowany w oparciu o złożone przez Państwa deklaracje. Nie przesądza o poprawności tych deklaracji i nie oznacza rezygnacji ze ściągania ewentualnych wierzytelności”.

W kontekście powyższego nie sposób uznać za prawdziwe twierdzenia wykonawcy jakoby dokument z 27.01.2015 r. potwierdzał brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył w postępowaniu szereg przepisów Prawa zamówień publicznych, co doprowadziło do sprzecznego z ustawą wyboru oferty ETF Polska Sp. z o.o. oraz ETF S.A.S jako najkorzystniejszej, pomimo że Wykonawca ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

**IV.** Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ETF Polska sp. z o.o. w Bielanych Warszawskich oraz ETF SAS w Beauchamp, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

**V.** Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie 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 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Spornym w sprawie jest, czy wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, złożył właściwe dokumenty na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, to jest dokument potwierdzający, że wobec podmiotu zbiorowego [członka konsorcjum UTF S.A.S. w Beauchamp] sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary a także dokumenty na potwierdzenie, że członek konsorcjum mający siedzibę we Francji nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Sporną była sprawa rodzaju dokumentów, jakie na powyższą okoliczność powinny być złożone przez podmiot mający siedzibę we Francji.

W powyższym zakresie zastosowanie znajdują przepisy *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. 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], to jest § 3 ust. 1 tego rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem:

§ 3. 1. 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, następujących dokumentów:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;
- 2) 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;
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

- 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 7) w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Do podmiotów zagranicznych, w porządkach prawnych w których brak jest analogicznych do opisanych wyżej instytucji, znajduje zastosowanie przepis § 4 Rozporządzenia.

W myśl § 4 ust. 1 Rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów:

1) o których mowa w § 3 ust. 1:

a) 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,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

b) 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;

2) o których mowa w § 3 ust. 2:

a) pkt 1 – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 131e ust. 1 pkt 2 ustawy,

b) pkt 2 i 3 – składa poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych międzynarodowych NATO i Unii Europejskiej.

W myśl § 4 ust. 2 Rozporządzenia, dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze i trzecie, lit. b oraz pkt 2, 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. Dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Sytuację dokumentów zagranicznych przesądza natomiast § 4 ust. 3 Rozporządzenia, stanowiący, 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.

Dla rozstrzygnięcia postawionych zarzutów, kluczowe jest więc ustalenie, czy w porządku prawnym kraju wykonawcy [jego konsorcjanta] wydawane są tego rodzaju dokumenty, jakie wymagane są wobec polskiego podmiotu. Chodzi tu o zaświadczenie z rejestru w zakresie potwierdzającym, że wobec podmiotu zbiorowego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne [art. 24 ust. 1 pkt 9) ustawy] a także zaświadczenia z właściwych organów podatkowego i ubezpieczeniowego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu [art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy].

Odpowiadając na pierwsze pytanie Izba uznała, że ustalone zostało, iż we Francji istnieje prowadzony przez Ministerstwo Sprawiedliwości [Ministère de la justice] rejestr,

obejmujący ewidencję skazań za różnego rodzaju czyny karalne [właściwe prawu karnemu], obejmujący zarówno osoby fizyczne jak i podmioty zbiorowe, którego cechą znacząco odróżniającą od polskiego systemu jest reglamentowanie informacji pochodzących z tego zbioru. Informacje te podlegają udostępnieniu zainteresowanym podmiotom na trzech poziomach dostępu, odpowiadających trzem wyodrębnionym w ramach rejestru zbiorom i rodzajom zaświadczeń [Bulletins]:

– pierwszy [Bulletin numéro 1] obejmuje wszystkie wyroki skazujące i decyzje wpisywane do rejestru karnego. Z rejestru są wyłączone:

- w trybie natychmiastowym: wyroki podlegające pod amnestię; wyroki, po których doszło do rehabilitacji sądowej wraz z wycofaniem informacji z rejestru karnego; sankcje handlowe i dyscyplinarne, które zostały usunięte w drodze rehabilitacji;
- po upływie 3 lat: wyroki orzekane w sprawie policyjnego mandatu karnego [termin 4 lat dla tych kar, co do których recydywa stanowi wykroczenie];
- uznanie osoby za winną bez orzekania kary, chyba że sąd zarządził niewpisywanie do rejestru; sankcje lub środki edukacyjne, z wyjątkiem nowego środka lub skazania w tym okresie; dobrowolne poddanie się karze, z wyjątkiem nowego dobrowolnego poddania się karze lub wyroku w sprawie karnej w tym okresie;
- po upływie 5 lat: wyroki orzekające likwidację sądową; upadłość osobista lub zakaz sprawowania funkcji zarządczej, z wyjątkiem orzeczenia tych kar na okres dłuższy niż 5 lat.

Wniosek o wydanie takiego zaświadczenia mogą złożyć jedynie władze sądowe, zakłady karne w ramach stosowania pewnych środków wykonania kary.

– drugi [Bulletin numéro 2], zawiera wyroków za zbrodnie i przestępstwa, z wyjątkiem: wyroków podlegających rehabilitacji sądowej lub automatycznej; wyroków orzekanych wobec osób niepełnoletnich [do 2 lat pozbawienia wolności]; wyroków wydawanych w sprawach policyjnych o wykroczenia; wyroków w zawieszeniu, kiedy kara skończyła się bez wykonania całości kary, z wyjątkiem sytuacji, w której orzeczono nadzór socjalno-sądowy lub zakaz prowadzenia zajęć z osobami małoletnimi na okres dłuższy niż orzeczona kara.

Takie zaświadczenie może być wydawane niektórym organom administracji lub niektórym organom w konkretnych sprawach [dostęp przewidziany jest na przykład dla niektórych zawodów]. Niektórzy pracodawcy prywatni [na przykład praca z małoletnimi] mają również dostęp do takiego zaświadczenia.

– trzeci [Bulletin numéro 3] zawiera najcięższe wyroki oraz kary pozbawienia praw:

- wyroki za zbrodnie i przestępstwa, powyżej 2 lat pozbawienia wolności bez zawieszenia;
- wyroki za zbrodnie i przestępstwa poniżej 2 lat pozbawienia wolności bez zawieszenia, o ile sąd zarządził wpis do rejestru karnego;
- utrata niektórych praw lub niezdolność prawna w trakcie wykonywania;
- zastosowanie środka nadzoru socjalno-sądowego i kary zakazu wykonywania działalności zawodowej lub w charakterze wolontariusza wymagających zwyczajowego kontaktu z małoletnimi.

Tego rodzaju zaświadczenie może zostać wystawione konkretnej osobie lub jej prawnemu przedstawicielowi o ile dotyczy to osoby niepełnoletniej lub osoby dorosłej pozostającej pod opieką prawną; nie może ono zostać wydane osobie trzeciej pod groźbą kary [7500 EUR]; wydawany bezpłatnie.

Tego rodzaju cecha francuskiego odpowiednika rejestru karnego [Casier judiciaire national] odróżnia go od polskiego systemu, niemniej jednak nie odbiera mu charakteru publicznego, urzędowego rejestru, w którym ujmowane są wszystkie, właściwe dla francuskiego porządku karnego czyny karalne. To nie zakres i sposób udostępnienia informacji determinuje bowiem wniosek o tym, czy w innym kraju wydaje się takie dokumenty, jakie funkcjonują na gruncie porządku krajowego i jakie w krajowym systemie zamówień publicznych mogą być przedkładane. Oczywistym jest bowiem stwierdzenie, że w poszczególnych porządkach prawnych istnieją bardziej lub mniej doniosłe różnice, które mogą wyrażać się w sferze prawa materialnego, a tym bardziej – dotyczyć kwestii organizacyjnych, takich jak sposób uzyskiwania zaświadczeń, funkcjonowanie systemu ich wydawania na poziomie centralnym albo w każdej jednostce wymiaru sprawiedliwości, czy spraw związanych z ochroną dóbr jednostki a w konsekwencji – zasad uzyskiwania informacji oraz kręgu osób i podmiotów, którym przysługuje prawo do wglądu i otrzymania zaświadczenia o zawartości owego rejestru.

Orzecznictwo niejednokrotnie akceptowało praktykę przedkładania przez podmioty i osoby mające miejsce zamieszkania lub siedzibę we Francji oświadczeń przed notariuszem, przyjmując za uzasadnione tłumaczenie dotyczące niemożliwości uzyskania zaświadczenia, wobec opisanego wyżej reglamentowania dostępu do tego rodzaju informacji [przykładowo: wyrok KIO z 15 maja 2012r. – sygn. KIO 800/12, KIO 813/12, KIO 804/12, KIO 807/12]. Tego rodzaju praktykę zobrazował także Odwoływający, przedstawiając przykładowe zaświadczenia o niekaralności dla osób fizycznych mających miejsce zamieszkania we

Francji. Nie negując tego rodzaju podejścia, dostrzeżenia wymaga, że zgodnie przywołanymi przepisami *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, ustawodawca przyznał prymat zaświadczeniom urzędowym, taktując je jako podstawowy sposób udokumentowania okoliczności. Jeśli więc wykonawca przedstawił dokument pochodzący z organu sądowego w innym kraju, który potwierdza fakt niekaralności [a dokładniej; brak jakichkolwiek wpisów, w tym orzeczeń sądowych wobec spółki ETF S.A.S w Beauchamp dotyczących zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne], to nie sposób negować tego dokumentu i przyjmować, że wykonawca zamiast tego winien złożyć wtórne i dopuszczone w przepisach jako substytucyjne – oświadczenie przed notariuszem [względnie innym wymienionym w przywołanym rozporządzeniu organem]. W każdym zaś razie, przedłożenie dokumentu wymaganego jako podstawowy [dokumentu pochodzącego z organu sądowego, jakim jest Sąd Apelacyjny w Wersalu] nie może być dyskwalifikowane, a wymaganie w jego miejsce dokumentu substytucyjnego, jakim jest oświadczenie przed notariuszem stanowiłoby wyraz niczym nie uzasadnionego formalizmu.

Złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp zaświadczenie wystawione zostało w dniu 29 maja 2015 r. przez Sąd Apelacyjny w Wersalu – Sąd I instancji w Pontoise [Cour d'Appel Versailles, Tribunal de Grande de Pontoise] a w jego treści wskazano, że dotyczy ono „*odczytania rejestru niekaralności B2*” oraz że w odpowiedzi na korespondencję z prośbą o sprawdzenie rejestru niekaralności, wystawca informuje, że „*rejestr niekaralności [biuletyn 2] jest aktualnie pusty*”. Przystępujący na posiedzeniu przedstawił wniosek w następstwie którego wystawiono to zaświadczenie, wskazujący wyraźnie, że wystąpiono o jego wydanie w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie, skoro w jego treści podano, że wnioskodawca zamierza ubiegać się o zamówienie, w którym termin składania ofert upływa 1 czerwca 2015 r. i taki też termin był aktualny w tamtej dacie, przed jego przesunięciem. Oznacza to więc – po pierwsze – że wykonawca [jego członek konsorcjum] był w stanie uzyskać zaświadczenie o tym, że sąd nie orzekł wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne adekwatne do tego, jakie wydawane są w Polsce – po drugie zaś – że tego rodzaju zaświadczenie jest właściwym według prawa francuskiego, potwierdzając fakt braku sądowo orzeczonych zakazów ubiegania się o zamówienia publiczne. Nie stanowi przy tym powodu dla deprecjonowania tego dokumentu okoliczność, że w świetle prawa francuskiego ów dokument nie jest zasadniczo wydawany podmiotom zainteresowanym [podmiotom, wobec których orzeczono lub nie zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne] oraz że nie ma obowiązku przedstawiania ich przez wykonawcę

w postępowaniu o zamówienie publiczne a podmioty prowadzące postępowania o zamówienia publiczne samodzielnie występują o takie zaświadczenie z pominięciem wykonawcy. Teza o tym, że jedynie odpowiedni organ państwowy, urząd, może uzyskać takie zaświadczenie a wykonawcy nie przysługuje takie prawo, jakkolwiek jest w praktyce akceptowana, znalazła też wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym, dopuszczającym złożenie oświadczenia przed notariuszem, w związku z niedopuszczalnością wystawienia innym niż francuskie urzędy zaświadczenia, nie została z całą pewnością wykazana. Przeczy jej bowiem ewidentny, zaprezentowany w przedmiotowym postępowaniu fakt bezproblemowego uzyskania przez TPF S.A.S. w Beauchamp takiego zaświadczenia, zaś z odpowiedzi wystawcy [Sądu Apelacyjnego w Wersalu – Sądu I Instancji w Pontoise] wynika, że wystawiono je nie tylko w ciągu krótkiego czasu ośmiu dni, ale też, że wystawca wykazał życzliwą i pełną kurtuazji postawę. Wydaje się zatem, że praktyka przedstawiania oświadczeń złożonych przed notariuszem może być raczej wynikiem bezpośredniego przenoszenia na polski grunt reguł przedstawiania takich dokumentów na potrzeby postępowań o zamówienia publiczne we Francji [uzyskiwania ich samodzielnie przez zamawiających] i przez ten pryzmat utożsamiania braku potrzeby uzyskiwania ich samodzielnie przez wykonawców z niemożliwością otrzymania dokumentu z organu sądowego.

Jeśli więc wykonawca przedstawił odpowiednie zaświadczenie o zakresie nie podlegającym zastrzeżeniom, to nie sposób wywodzić i wymagać, że w jego miejsce winien być przedstawiony dokument o złagodzonej rygorze, w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wymagany jako substytucyjny wobec odpowiedniego zaświadczenia, jakim jest oświadczenie przed notariuszem. Oczywistym jest bowiem, że pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw występują różnice, w tym różnice co do sposobu potwierdzania faktu niekaralności osoby [a także potwierdzania faktu niezalegania ze świadczeniami podatkowymi, ubezpieczeniowymi]. Tego rodzaju różnice nie skutkują jednak obowiązkiem zastąpienia w postępowaniu o zamówienie publiczne zaświadczenia urzędowego o niekaralności oświadczeniem składanym przed notariuszem. Powyższe skutkowałoby bowiem, że każdorazowo składane musiałoby być jedynie oświadczenie przed notariuszem, bowiem w zasadzie zawsze występują różnice w porządkach prawnych różnych krajów. Podzielono w tej mierze argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroków KIO z dnia 29 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 303/10 oraz z dnia 20 sierpnia 2010 roku o sygn. KIO/UZP 1668/10 a także z 5 lipca 2011 r. w spr. o syn. 1306/11.



Uwzględniając zatem różnice zachodzące pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw, uznać należy, że zakres informacji, o którym mówią przepisy rozporządzenia obejmuje objęcie danymi, na podstawie których wydano zaświadczenie katalogu wszystkich informacji, jakie zawarte byłyby w analogicznym polskim zaświadczeniu, nie odnosi się natomiast do zasad wydawania i udostępniania informacji. Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby do przedkładania przez wykonawców zagranicznych wyłącznie oświadczeń złożonych przez odpowiednim organem, ponieważ nie sposób byłoby rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności kształtu jurystycznego przestępstw w poszczególnych krajach jest dopuszczalny. Słuszność ww. argumentacji KIO potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 roku o sygnaturze XIX Ga 225/10.

Reasumując, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp w sposób prawidłowy i dopuszczalny posłużyli się dokumentem stanowiącym „*Odczytanie rejestru niekaralności B2*”, wystawionym przez Sąd Apelacyjny w Wersalu – Sąd I Instancji w Pontoise. W świetle powyższego, bez znaczenia okazały te zastrzeżenia formułowane przez Odwołującego, które wskazywały na to, że złożone w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp oświadczenie złożone w dniu 8 kwietnia 2015 r. w istocie nie jest oświadczeniem przed notariuszem, a jedynie potwierdzeniem notarialnym za zgodność dokumentów. Jakkolwiek w tej argumentacji jest wiele zasadności, w szczególności w części odnoszącej się do treści tego oświadczenia jak i jego nazwy, to zaświadczenie pochodzące z organu sądowego, czyni bezprzedmiotowymi te zastrzeżenia.

Jeśli chodzi o dokumenty potwierdzające fakt niezalegania z podatkami oraz świadczeniami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, poza sporem było, że w tej mierze powinny być złożone zaświadczenia, skoro są one wydawane zgodnie z francuskim porządkiem prawnym. Takie też zaświadczenia w odniesieniu do ETF S.A.S. w Beauchamp złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz ETF S.A.S. w Beauchamp. Sporną była kwestia daty wystawienia tych zaświadczeń, to jest że wystawiono je dawniej, aniżeli trzy miesiące poprzedzające termin składania ofert, a także – w odniesieniu do zaświadczenia odnoszącego się do niezalegania ze świadczeniami społecznymi – brak wskazania w treści tego zaświadczenia, że dotyczy ono także ubezpieczeń zdrowotnych.

W powyższym zakresie uznano, że wykonawca złożył wymagane dokumenty, to jest zaświadczenia wstawione przez uprawnione do tego organy: wystawione przez Direction Generale des Finances Publiques 2 stycznia 2015 r. zaświadczenie podatkowe – „*Attestation de Régularité Fiscale*” oraz datowane na 27 stycznia 2015 r. zaświadczenie – „*Attestation de versement de cotisations*”, wystawione przez URSSAF [Regionalny Związek Poboru Składek na Ubezpieczenie Społeczne i Zasiłki Rodzinne]. Zaświadczenia te – co uszło uwadze Zamawiającego [a w każdym razie nie było przez Niego dostrzegane w trakcie rozprawy] zostały wkomponowane w teść aktu notarialnego z 8 kwietnia 2015 r. i jako takie stały się jego integralną częścią. Niezależnie od tego, jaki charakter ma ów akt notarialny [czy jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem – co miałoby znaczenie, w części dotyczącej zawartych w nim formuł dotyczących niekaralności przy przyjęciu, że rzeczą wykonawcy było wykazanie braku skazań podmiotu zbiorowego właśnie oświadczeniem przed notariuszem, czy jedynie notarialnym potwierdzeniem za zgodność z oryginałem dokumentów], w części odnoszącej się do potwierdzenia niezalegania z podatkami i opłatami na ubezpieczenia społeczne, zaświadczenia z organów właściwego w sprawach podatkowych oraz w sprawach ubezpieczeń społecznych, potwierdzone w sposób notarialny, należy uznać za oprawnie złożone.

Uznano następnie, że fakt, iż zaświadczenia te wystawiono dawniej, aniżeli okres poprzedzający termin składania ofert o maksymalne trzy miesiące [termin ten wypadł 8 czerwca 2015 r.], nie dyskwalifikuje tych zaświadczeń.

Sam Odwołujący postawił twierdzenie, że jakkolwiek dokumenty stanowiące zaświadczenia pochodzące z francuskiego odpowiednika urzędu skarbowego oraz organu właściwego w sprawie ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych można otrzymać w dowolnym momencie w ciągu roku, to każdorazowo każde z tych zaświadczeń potwierdza stan na ostatni dzień grudnia roku poprzedzającego. Odwołujący podał bowiem w odwołaniu, że zgodnie z pkt 180 Powszechnych Regulacji Prawnych „*Dispositions Juridiques Communes*” zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach można otrzymać w ciągu całego roku, a także że niezależnie od daty złożenia wniosku w danym roku, zaświadczenie każdorazowo dotyczyć będzie sytuacji przedsiębiorstwa na dzień 31 grudnia [vide: Biuletyn Urzędowy Finansów Publicznych – Podatków „Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts” <http://bofiD.impots.aouv.fr/bofip/8485-PGP.html>]. Odwołujący podał również, że podobne regulacje obowiązują w odniesieniu do zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie.

Istotnie, złożone zaświadczenia noszą datę ich wystawienia dawniejszą, aniżeli trzy miesiące poprzedzające datę składania ofert. Powyższe jednak w żaden sposób nie

dyskredytuje ich wartości dla stwierdzenia faktu niezalegania ze świadczeniami podatkowymi oraz ubezpieczeniowymi. Przypomnienia wymaga – po pierwsze – że jakkolwiek postępowanie o zamówienie publiczne powadzone jest z uwzględnieniem sztywnych reguł, mających swe źródło w przepisach oraz postanowieniach SIWZ, to jednak „*formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy [...]*” [vide: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach za 23 lutego 2007 roku w spr. o sygn. akt X Ga 23/07]. Zaświadczenia te potwierdzałyby – niezależnie od tego w jakiej dacie je wystawiono, w tym czy wystawiono by je na w ciągu trzech miesięcy przed terminem składania ofert, stan na 31 grudnia 2014 r. Wymaganie – ze skutkiem wykluczenia z postępowania – złożenia dokumentów wystawionych w ciągu trzech miesięcy przed terminem składania ofert, o których wiadomo, że niezależnie od tego w jakiej dacie by je wystawiono, potwierdzałyby one stan na 31 grudnia 2014 r., stanowiłoby pielęgnowanie formalizmu dla samego siebie, niezależnie od celu, jakiemu służy złożenie dokumentów i wbrew temu celowi.

Po drugie, należy przyjąć, że jeśli krajowy porządek prawny, na tym styku, który dotyczy ustawodawstw innych państw, dotyczących przykładowo regulacji związanych z potwierdzaniem niezalegania z należnościami i opłatami publicznoprawnymi a także poświadczaniem określonych stanów w zakresie karalności osób i podmiotów, odwołuje się do tych regulacji, to czyni to z uwzględnieniem odmienności i specyfiki tych porządków prawnych. Naturalną i nieuniknioną jest sytuacja, że w określonym zakresie porządki prawne różnych krajów sobie nie odpowiadają i wykazują różnice. Jeśli więc krajowe przepisy [*Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*] sięgają do zasad i przepisów właściwych innemu porządkowi prawnemu, to oznacza to, że tego rodzaju zabieg ustawodawcy uwzględnia specyfikę danego, właściwego dla danego wykonawcy porządku prawnego. W analizowanej sprawie obejmuje to system wydawania zaświadczeń dotyczących niezalegania z podatkami i świadczeniami na ubezpieczenia społeczne we Francji, który – co było niespornym – przewiduje wystawianie takich dokumentów zawsze na jeden moment w roku, tj. 31 grudnia danego roku. W takich okolicznościach należy uznać, że tego rodzaju oświadczenie może służyć przez cały okres swej ważności [czyli do końca grudnia następnego roku, na który to moment będzie można uzyskać następne zaświadczenie], niezależnie od tego w jakiej dacie je wystawiono i czy zachowany jest właściwy polskiemu porządkowi okres maksymalnie trzech miesięcy poprzedzających wystawienie zaświadczenia od daty składania ofert lub wniosków. W systemie potwierdzania określonego stanu na jeden, z góry ustalony moment w roku,

charakterystyczny dla polskiego systemu wymóg związany z aktualnością tego zaświadczenia, utożsamiony w polskim porządku prawnym z jego wystawieniem nie dawniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert lub wniosków, staje się bez znaczenia dla oceny stanu, który to zaświadczenie potwierdza. Wynikający z powołanego rozporządzenia wymóg, by zaświadczenie wystawiono nie dawniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert lub wniosków jest bowiem skorelowany z całokształtem rozwiązań prawnych dotyczących wystawiania zaświadczeń w Polsce, nie znajduje jednak przełożenia na przepisy prawa francuskiego obowiązujące w tym zakresie.

Nie sposób także podzielić argumentacji Odwołującego, wskazującej na brak wskazania w zaświadczeniu z URSSAF faktu niezalegania w zakresie świadczeń ubezpieczeniowych. Jeśli bowiem tego rodzaju zaświadczenie wydawane jest w zakresie właściwości upoważnionego do tego organu [co nie jest kwestionowane], ma ono charakter dokumentu potwierdzającego stan na koniec 2014 r., to jest zaświadczenia raz w roku, kompleksowo potwierdzającego i charakteryzującego status podmiotu, którego dotyczy [opisuje całokształt jego zobowiązań w płaszczyźnie właściwej temu organowi], to nie sposób przyjmować, że zaświadcza ono określony jedynie wyrywek sytuacji podmiotu [stan realizacji jego obowiązków w płaszczyźnie ubezpieczeń społecznych] a pomija ubezpieczenia zdrowotne.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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].

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania w wysokości wynagrodzenia pełnomocnika odpowiadającego kwocie 4 428 zł, z uwagi na to, że Zamawiający nie zadbał o zaprezentowanie swego stanowiska w postaci odpowiedzi na odwołanie, która pozwoliłaby uczestnikom postępowania oraz składowi orzekającemu na zapoznanie się z podstawami dokonanej oceny w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ETF Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich

oraz ETF S.A.S. w Beauchamp [co istotne, w przeciwieństwie do czynności eliminujących danego wykonawcę z postępowania, jak odrzucenie oferty czy wykluczenie z postępowania, pozytywna ocena oferty wybranego wykonawcy nie jest w żaden sposób uzasadniana], co czyniłoby polemikę w przedmiocie postawionych zarzutów dokonywaną w warunkach zapoznania się odpowiednio wcześniej przeciwnymi, spolaryzowanymi stanowiskami stron. Następnie, stanowisko Zamawiającego [Jego pełnomocników] prezentowane na rozprawie ujawniło, że Zamawiający błędnie interpretował złożone w ofercie wybranej dokumenty jako zaświadczenia, podczas gdy stanowiły one element aktu notarialnego, co przy odmiennym ocenie właściwego dokumentu, który powinien być złożony na potwierdzenie braku skazań podmiotu zbiorowego, w odmiennym świetle stawiałoby dokonaną czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Mimo, że to stanowisko Zamawiającego było nieprawidłowe, finalnie dokonana czynność odpowiada prawu. Nietrafna argumentacja, a wcześniej – błędne odczytywanie rodzaju dokumentu [co wymagało jedynie starannej analizy liczącej 10 stron kopii aktu notarialnego, w tym odczytania gdzie jest jego początek i koniec opatrzony pieczęcią], niezłożenie pisemnego stanowiska tłumaczącego dokonaną czynność w kontekście postawionych zarzutów [odpowiedzi na odwołanie] przemawiały za uznaniem, iż nieuzasadnione byłoby zasądzenie na rzecz Zamawiającego wynagrodzenia pełnomocnika. Powyższe bowiem stanowiłoby przyznanie tego wynagrodzenia za skutek, który okazał się niezależny od podjętych starań.

**Skład orzekający:**