

**WYROK**

**z dnia 2 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 r. przez **wykonawcę AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku**

przy udziale **wykonawcy: Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Skarbu Państwa: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku** na rzecz **wykonawcy AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Projekt i budowa obwodnicy miasta Suwałki w ciągu drogi ekspresowej S-61- Odcinek A i Odcinek B.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wcześniej URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 21 sierpnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi iż złożone - na wezwanie Zamawiającego - oświadczenia i dokumenty nie potwierdzały spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert t.j. 10 czerwca 2015 r. W ocenie Zamawiającego złożone dokumenty i oświadczenia nie potwierdzały brak karalności Pani S. B. . Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakładu Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S. A., ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności, wykluczenie wykonawcy AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania stało się przedmiotem odwołania, wniesionego przez ww. wykonawcę.

Pismem z dnia 1 września 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, złożone wyjaśnienia jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 21 sierpnia 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015 r.) wykonawcy Zakład Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

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

Przedmiotem zamówienia jest: *„Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn.: Projekt i budowa obwodnicy miasta Suwałki w ciągu drogi ekspresowej S-61- Odcinek A i Odcinek B”.*

*/dokumentacja postępowania: Rozdział 1 Instrukcja dla wykonawców (IDW), pkt 4 Przedmiot zamówienia, str. 3/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 7.5.1 – Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa:

- 1) w pkt 7.3.2-7.3.4 i 7.3.6 IDW – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:
  - a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
  - b) nie zalega z uiszczaniem podatków, 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,
  - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;
- 2) w pkt 7.3.5 oraz 7.3.7 IDW – 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 i 10-11 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Rozdział 1 Instrukcja dla wykonawców (IDW), pkt 7 Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, str. 15/.*

Pkt 13 „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia”; pkt 13.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający zastosuje następujące kryteria ocen:

- Cena – 60% = 60 pkt,
- Metodyka – 40% = 40 pkt.

*/dokumentacja postępowania: Rozdział 1 Instrukcja dla wykonawców (IDW), pkt 13 Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia, str. 21/.*

Termin składania ofert upłynął w dniu 10 czerwca 2015 r. o godz. 11.50.

*/dokumentacja postępowania:: protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pkt 7 protokołu: Miejsce i termin składania ofert, str. 5/*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena: 9.969.786,40 zł brutto - wykonawca wykluczony;
2. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S. A. z siedzibą w Warszawie – cena: 11.499.899,99 zł brutto – razem liczba uzyskanych pkt: 98,79.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 sierpnia 2015 r./.*

Odwołujący do swojej oferty dołączył m. in. oświadczenie Pani S. B. – dotyczącej jej

niekaralności - z dnia 23 lutego 2015 r. złożone przed notariuszem.

*/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy AECOM Polska Sp. z o.o. Polska Sp. z o.o. – wcześniej URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, str. 105/*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2015 r. wezwał wykonawcę AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności Pani S. B. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 i 10-11 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 15 lipca 2015 r./.*

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lipca 2015 r. wykonawca złożył Podstawowe Zaświadczenie o Niekaralności - Disclosure Scotland datowane na dzień 23 lipca 2015 r. Wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył również korespondencję mailową z Urzędem Disclosure Scotland - wraz z jej tłumaczeniem – potwierdzającą, że na dzień 17 lutego 2015 r. (do dnia wystawienia Podstawowego Zaświadczenia o Niekaralności – czyli 23 lipca 2015 r.) Pani S. B. nie miała żadnych niezatartych ani innych wyroków skazujących.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 3 sierpnia 2015 r./.*

Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakładu Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S. A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający wykluczył wykonawcę AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi iż złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumentnie nie potwierdzały spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert t.j. 10 czerwca 2015 r. W ocenie Zamawiającego złożone dokumenty i oświadczenia nie potwierdzały, iż Pani S. B. nie była karana.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 sierpnia 2015 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 21 sierpnia 2015 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2015 r. /.*

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

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożone przez Odwołującego pismo z dnia 20 sierpnia 2015 r.: Zaświadczenie o Niekaralności – Szkocja – pismo urzędowe oraz złożony przez Zamawiającego - Informator dotyczący sprawdzeń w DBS.

Istotą sporu jest to czy Zamawiający – w wyniku dokonanego uzupełnienia przez wykonawcę – powinien uwzględnić korespondencję mailową z Urzędem ds. Wydawania Zaświadczeń o Niekaralności /*Disclosure Scotland*/ dotyczącą wystawionego na dzień 23 lipca 2015 r. Podstawowego Zaświadczenia o Niekaralności Pani S. B. w świetle Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (zwanego dalej również: „*rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”).

Nie ulega wątpliwości – co obie strony nie kwestionowały – że dokumentem – na podstawie Ustawy o Policji z dnia 1997 r. – potwierdzającym niekaralność w Wielkiej Brytanii, a będącym odpowiednikiem polskiego KRK, jest zaświadczenie *Basic Disclosure Scotland* – czyli Podstawowe Zaświadczenie o Niekaralności.

W ocenie Izby – biorąc pod uwagę argumentację niniejszej sprawy – odwołanie należało uwzględnić.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Podstawowe Zaświadczenie o Niekaralności w wyniku uzupełnienia zostało przez ww. wykonawcę złożone, jednak dokument ten datowany był na dzień 23 lipca 2015 r. czyli po dniu składania ofert. Wykonawca jednak dodatkowo złożył Zamawiającemu korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy Odwołującym a Urzędem ds. Wydawania Zaświadczeń o Niekaralności /*Disclosure Scotland*/, z której to korespondencji wynikało, że Pani S. B. nie była karana i dodatkowo „*nie miała żadnych niezatartych ani innych wyroków skazujących*”. Potwierdzono również, że w okresie od 17 lutego 2015 r. do dnia wystawienia Podstawowego Zaświadczenia o Niekaralności (23 lipca 2015 r.) – „*nie miała ona żadnych niezatartych ani innych wyroków skazujących*”. Izba wzięła również pod uwagę – kolejną korespondencję z Urzędem ds. Wydawania Zaświadczeń o

Niekaralności /Disclosure Scotland/ – t.j. Zaświadczenie o Niekaralności – Szkocja z dnia 20 sierpnia 2015 r. – potwierdzające, że Pani S. B. nie była karana.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że złożona korespondencja – w tym również zaświadczenie złożone na rozprawie (zaświadczenie z dnia 20 sierpnia 2015 r.) potwierdza brak niezatartych wyroków skazujących.

Zgodzić należy się również z Odwołującym, że w świetle *rozporządzenia w sprawie dokumentów*, nie jest wymagany złożenie wyłącznie jednego dokumentu co do niekaralności danej osoby. W ocenie Izby dopuszczalne jest – w szczególności w tym stanie faktycznym – złożenie stosownego zaświadczenia oraz dodatkowego uzupełnienia. Istotnym jest, aby zaświadczenia potwierdzały brak karalności na dzień składania ofert.

Ponadto w ocenie Izby dokumentom złożonym wraz z wyjaśnieniami przez Odwołującego nie można odbierać waloru zaświadczenia właściwego organu administracyjnego o którym mowa w *rozporządzeniu w sprawie dokumentów* (§ 4 ust. 1 pkt 1b), z uwzględnieniem jednocześnie specyfiki porządku prawnego, kraju w którym to zaświadczenie jest wydawane.

Jak wskazał Odwołujący w Wielkiej Brytanii zwykłą praktyką jest komunikowanie się drogą elektroniczną petenta z Urzędem – co miało miejsce w niniejszej sprawie. Należy również uwzględnić, iż w brytyjskim prawodawstwie brak jest klasycznej definicji dokumentu elektronicznego. Ponadto nie wyróżnia się dokumentów elektronicznych spośród innych rodzajów dokumentów, a pojęcie dokumentu rozumiane jest bardzo szeroko. Dodatkowo, co wskazuje się w literaturze dokument elektroniczny dla swej ważności nie wymaga opatrzenia żadnego rodzaju podpisem elektronicznym – co było jednym z argumentów pochodzących ze strony pełnomocnika Zamawiającego

*/Prace z zakresu myśli polityczno-prawnej oraz elektronicznej administracji – Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Zeszyty Studenckie, Wrocław 2010 r., Zagadnienia e-administracji w Wielkiej Brytanii, str. 160-164, źródło: Biblioteka Cyfrowa Uniwersytetu Wrocławskiego/*

Stanowisko Odwołującego potwierdza dokument złożony przez Zamawiającego - *Informator dotyczący sprawdzeń w DBS* – z którego wynika, że dopuszczalne jest komunikowanie się z Urzędem drogą elektroniczną, w przypadku pojawienia się wątpliwości.

Zatem wobec powyższego – w niniejszej sprawie – nie sposób nie uwzględnić porządków prawnych innych krajów Unii Europejskiej. Nieuwzględnienie odmiennych



uregulowań zawartych w aktach prawnych innych krajów (w tym Wielkiej Brytanii) prowadziłoby do złamania naczelnej zasady dyrektyw Unii Europejskiej – t.j. zasady niedyskryminacji innych wykonawców. Przepisy dyrektyw są przepisami o charakterze nadrzędnym i powinny być uwzględniane w stosunku do rozwiązań oraz uregulowań krajowych – w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób pominąć – co jest istotne w niniejszej sprawie – szczególnych okoliczności niniejszej sprawy, wynikających z faktu, że Pani S. B. złożyła oświadczenie przed notariuszem – w zakresie swojej niekaralności – a następnie w wyniku wezwania do uzupełnienia złożone zostało Podstawowe Zaświadczenie o Niekaralności */Basic Disclosure Scotland/* dotyczące jej osoby. Owszem zaświadczenie to było datowane na dzień 23 lipca 2015 r. (czyli po dniu składania ofert), jednak biorąc pod uwagę, że Odwołujący dwukrotnie zwracał się do Urzędu ds. Wydawania Zaświadczeń o Niekaralności – Szkocja */Disclosure Scotland/* o wyjaśnienie tej sprawy – a dotyczącej niekaralności Pani S. B. – i takową odpowiedź otrzymał – potwierdzającą jej niekaralność na dzień składania ofert – Izba ze względu na szczególną sytuację uwzględniła złożone dowody i przedstawioną przez strony argumentację.

Wszystkie złożone dowody wskazywały, że Pani S. B. na dzień składania ofert nie była karana, a złożone dokumenty przez Zamawiającego – *Informator dotyczący sprawdzeń w DBS* – dopuszcza możliwość komunikowania się z Urzędem, co Odwołujący uczynił, z uwzględnieniem charakteru i specyfiki porządku prawnego kraju, w którym to miało miejsce (t.j. Wielkiej Brytanii). Izba uwzględniła również argumentację Odwołującego dotyczącą sposobu komunikowania się petenta z Urzędem w Wielkiej Brytanii - co tylko utwierdziło Izbę, że na podstawie wskazanej przez Zamawiającego wykonawca AECOM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie powinien zostać wykluczony z postępowania.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....