

WYROK
z dnia 8 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2016 r. przez wykonawcę **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Itron Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Polskiej Spółce Gazownictwa Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **Itron Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, wezwanie wykonawcy **Itron Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy **Itron Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164) i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie żądania odwołania oddala.

1

3. kosztami postępowania obciąża **Polską Spółkę Gazownictwa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** tytułem wpisu od odwołania.
- 3.2. zasądza od **Polskiej Spółki Gazownictwa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający - **Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie** - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla **Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.**

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia

2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 lutego 2016 roku wykonawca Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach (dalej: odwołujący), wniósł odwołanie wobec:

- a) zaniechania zamawiającego, polegającego na niewykluczeniu przystępującego ITRON Polska Sp. z o.o. z postępowania przetargowego w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo, iż przystępujący nie wykazał zamawiającemu, że brak podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. tj. nie dołączył do oferty zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsc zamieszkania, dotyczących niekaralności członków zarządu ITRON w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP i pkt 11, wystawionych nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lecz przedstawił jedynie oświadczenia członków zarządu ITRON złożone przed notariuszem w kraju ich miejsca zamieszkania (USA);
- b) czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty ITRON w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo że ITRON nie wykazał zamawiającemu, że brak podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8, i pkt 11 ustawy P.z.p. tj. nie dołączył do oferty zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsc zamieszkania, dotyczących niekaralności członków zarządu ITRON w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lecz przedstawił jedynie oświadczenia członków zarządu ITRON złożone przed notariuszem w kraju ich miejsca zamieszkania (USA);
- c) zaniechanie dokonania przez zamawiającego wyboru oferty INTERGAZ w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo iż była ona - w tym zakresie - najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu;

3

ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby się okazało, że zamawiający nie wezwał ITRON do uzupełnienia zaświadczeń, o których mowa w §3 ust 3 rozporządzenia):

- d) zaniechania przez zamawiającego, polegającego na niewezwaniu ITRON do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby, że nie istniała przesłanka wykluczenia ITRON z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., tj. do uzupełnienia oferty o zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsc zamieszkania, dotyczących niekaralności członków zarządu ITRON w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. i pkt 11, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby KIO uznała, że ITRON mógł poprzestać na dołączeniu do oferty oświadczeń, o których mowa w § 3 ust 3 rozporządzenia):

- e) zaniechania wykluczenia ITRON z postępowania w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo, że ITRON nie wykazał, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., gdyż jedno z oświadczeń, które dołączono do oferty tj. oświadczenie K.H. Jr. z dnia 12 listopada 2015 roku zostało złożone przez osobę, która nie jest członkiem zarządu ITRON;

ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby się okazało, że zamawiający nie wezwał ITRON do uzupełnienia oświadczeń, o których mowa w § 3 ust 3 rozporządzenia):

- f) zaniechania wezwania ITRON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż brak jest podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. tj. oświadczenia potwierdzającego niekaralność K.H. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p.

Mając powyższe na względzie, odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie”), poprzez zaniechanie wykluczenia ITRON z postępowania w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo że ITRON nie wykazał, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., tj. nie dołączył do oferty - wymaganych przez § 3 ust. 3 rozporządzenia - zaświadczeń

ustawy P.z.p., wystawionych nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, lecz przedstawił jedynie oświadczenia członków zarządu ITRON złożone przed notariuszem w kraju ich miejsca zamieszkania (USA);

2) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie przez zamawiającego uznania oferty ITRON - w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19 - za odrzuconą, mimo iż została ona złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p.;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a - w konsekwencji - dokonanie przez zamawiającego wyboru - w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19 - oferty wykonawcy (ITRON), który podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.;

4) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a - w konsekwencji - zaniechanie dokonania przez zamawiającego wyboru - w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19 - oferty odwołującego, mimo iż to oferta odwołującego była w tym zakresie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu; ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby się okazało, że zamawiający nie wezwał ITRON do uzupełnienia zaświadczeń, o których mowa w § 3 ust 3 rozporządzenia):

5) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania ITRON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż brak jest podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. tj. zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsc zamieszkania, dotyczących niekaralności członków zarządu ITRON w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., wystawionych nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby KIO uznała, że ITRON mógł przestać na dołączeniu do oferty oświadczeń, o których mowa w § 3 ust 3 rozporządzenia):

6) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia, poprzez zaniechanie wykluczenia ITRON z postępowania w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19, mimo, że ITRON nie wykazał, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., gdyż jedno z oświadczeń, które dołączono do oferty tj. oświadczenie K.H. Jr. z dnia 12 listopada 2015 roku, zostało złożone przez osobę, która nie jest członkiem zarządu ITRON;

ewentualnie (z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby się okazało, że zamawiający nie wezwał ITRON do uzupełnienia oświadczeń, o których mowa w § 3 ust 3 rozporządzenia):

7) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania ITRON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż brak jest podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., tj. oświadczenia potwierdzającego niekaralność K.H. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

I. unieważnienie czynności wyboru oferty ITRON w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19;

II. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19;

III. nakazanie zamawiającemu wykluczenia ITRON z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. i uznanie oferty ITRON za odrzuconą (art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.);

IV. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19;

V. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według faktury, która będzie

złożona na rozprawie;
ewentualnie (z ostrożności procesowej):
VI. nakazanie zamawiającemu wezwania ITRON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż brak jest podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. tj. zaświadczeń lub oświadczeń członków zarządu ITRON potwierdzających ich niekaralność w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p.;
VII. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według faktury, która będzie złożona na rozprawie.

6

Odwołujący wskazał, że ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia, jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Jego oferta - w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19 - została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugim miejscu (za ofertą ITRON), tak więc, gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy P.z.p. wskazanych w *petitum* odwołania, to oferta odwołującego zostałaby wybrana i odwołujący mógłby realizować zamówienie. Tymczasem, wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., odwołujący nie podpisze umowy z zamawiającym i nie będzie miał szansy na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji zamówienia w zakresie części nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia, odwołujący wskazał, z treści oferty przystępującego wynika, że członkami zarządu przystępującego są:

- a) R.F. - zamieszkały w USA przy 639 North Riverpoint Blvd., Apt. 4W, Spokane, WA 99202 (Stan Waszyngton);
- b) K.H.;
- c) J.V. - zamieszkały w USA przy 2378 Dreamcatcher Drive, Coeur d'Alene, ID 83814 (Stan Idaho);

Przystępujący dołączył do oferty - celem wykazania braku podstaw do wykluczenia ITRON z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. - oświadczenia R. F., K. H. Jr., J. V., złożone przed notariuszem - M.E.L. (Liberty Lake/USA) o niekaralności za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zamawiający pominął, iż w przypadku, w którym członkowie zarządu wykonawcy mają miejsca zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, należy - na potwierdzenie braku podstawy do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. - dołączyć do oferty zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsc zamieszkania, dotyczące niekaralności członków zarządu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., wystawione nie wcześniej, niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący stwierdził, iż § 3 ust. 3 rozporządzenia wprost wskazuje, że przedstawienie oświadczeń członków zarządu złożonych przed notariuszem jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, w którym w miejscu zamieszkania członków zarządu nie wydaje się takich zaświadczeń. Tymczasem zamawiający pominął, że w miejscach zamieszkania członków zarządu przystępującego są wydawane - przez właściwe organy

7

sądowe lub administracyjne - zaświadczenia potwierdzające niekaralność w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.

Odwołujący podkreślił, że z oficjalnej informacji zawartej na stronie internetowej Departamentu Stanu USA wynika, że istnieje kilka sposobów potwierdzenia niekaralności osoby zamieszkałej na terytorium USA. W szczególności, zaświadczenia o niekaralności wydają lokalne jednostki Policji (na poziomie lokalnym i Stanowym) oraz specjalne biuro FBI (na poziomie Federalnym) tzw. the Criminal Justice Information Services (CJIS) Division od the Federal Bureau of Investigation.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z dnia 14 maja 2010 roku KIO, z dnia 1 lutego 2011 roku oraz z dnia 28 listopada 2012 roku

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 i

ust. 3 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że naruszenie wskazanych przepisów uznać należy za konsekwencję naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż zamawiający winien stwierdzić, że odwołujący powinien przedłożyć zaświadczenia o niekaralności członków zarządu, o których mowa w § 3 ust. 3 rozporządzenia, wobec czego winien wezwać odwołującego do uzupełniania tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Z uwagi, iż zamawiający zaniechał wezwania do uzupełniania dokumentów, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie, czyniąc niniejszy zarzut uzasadnionym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia, odwołujący z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez KIO, że przystępującego mógł złożyć oświadczenia o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia, poprzez pominięcie, że jedno z oświadczeń zostało złożone przez osobę, która nie jest członkiem zarządu ITRON.

Z odpisu z KRS-u ITRON wynika, że jednym z członków zarządu jest - K.H.. Tymczasem przystępujący dołączył - celem potwierdzenia braku przesłanki do wykluczenia ITRON z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., oświadczenie innej osoby. Z oświadczenia z dnia 12 listopada 2015 roku wynika, że złożył je K.H. Jr., a nie K.H., czyli inna osoba, niż ta, która wchodzi w skład zarządu ITRON.

8

Zamawiający winien zatem uznać, iż oświadczenie z dnia 12 listopada 2015 roku nie potwierdza niekaralności jednego z członków zarządu ITRON za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p., czego zaniechał i czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 ustawy P.z.p. w zw. z § 3 ust. 3 rozporządzenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. odwołujący, z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby się okazało, że zamawiający nie wzywał ITRON do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 3 rozporządzenia, odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż zamawiający winien stwierdzić, że ITRON nie przedłożył oświadczenia o niekaralności jednego z członków zarządu ITRON tj. K.H., a - w konsekwencji - powinien wezwać ITRON do uzupełnienia tego dokumentu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

W pierwszej kolejności wskazał, iż brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej do stawiania zarzut opartego na art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. Już na pierwszej stronie SIWZ jest wyraźna informacja, iż jest to zamówienie sektorowe. Nadto w treści SIWZ, nie ma żadnego odwołania do art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z treścią art. 133 ust. 3 ustawy, do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3. Również § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia wyraźnie wskazuje, iż informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, żąda się w przypadku innym aniżeli zamówienia sektorowe.

Zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie udowodnił, że oświadczenie złożone przed notariuszem nie jest dokumentem wystarczającym. To na odwołującym ciąży obowiązek wykazania stawianych twierdzeń, a co za tym idzie - to odwołujący winien w sposób niepodważalny wykazać, iż w USA możliwym jest do uzyskania zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności członków zarządu, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie udowodnił w żaden sposób powyższego twierdzenia, na którym to w znacznej mierze opiera swoje odwołanie.

W zakresie załączonego wydruku ze strony internetowej, nieprzetłumaczonego na język polski, zamawiający wskazał, iż nie może stanowić on dowodu w niniejszej sprawie. Zgodnie bowiem z treścią § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, „wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może

9

żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego".

Zamawiający przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok z dnia 26 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 841/13, wyroku z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13

Zamawiający stwierdził, iż wydruki ze strony internetowej nie mogą stanowić dowodu w sprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przywołał m.in. wyrok z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 132/11, zgodnie z którym „zamawiający nie przedłożył dowodu, poza wydrukami z ogólnie dostępnej strony internetowej na potwierdzenie, że zasadne było żądanie wyjaśnień, czy dokumentów na poziomie okręgu/miasta i federalnym".

Zamawiający podkreślił, że wielu lat współpracuje z przystępującym. Nie jest to pierwsze postępowanie, gdzie przystępujący przedkłada oświadczenie członków zarządu złożone przed notariuszem, w przypadku osób mających miejsce zamieszkania w USA. Do tej pory nikt tej możliwości nigdy nie kwestionował. Ponadto zamawiający nie ma żadnej wątpliwości, iż działanie takiej jest prawidłowe.

Zamawiający stwierdził, że nie ma żadnej wątpliwości, iż oświadczenie członków zarządu Przystępującego złożone przed notariuszem w kraju ich zamieszkania (USA) jest dokumentem wystarczającym. Przywołał wyrok KIO z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt KIO 939/12 i inne.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby kwestia możliwości uzyskania zaświadczenia o niekaralności w USA, zarówno na szczeblu Federalnym, jak i Stanowym została przesądzona w orzecznictwie KIO.

W zakresie zarzutu dotyczący złożenia oświadczenia przez osobę, która nie jest członkiem zarządu, zamawiający podniósł, że dalece niezrozumiałym jest dla niego stawianie przez odwołującego tego typu zarzutu. Członkiem zarządu przystępującego jest K.H. i osoba ta złożyła oświadczenie przed notariuszem. W ocenie zamawiającego, odwołujący w odwołaniu manipuluje treścią oświadczenia wskazując, iż złożył je „K.H. Jr”. Odwołujący stara się nie zauważyć interpunkcji występującej w oświadczeniu. Pod oświadczeniem podpisał się:
„Imię i nazwisko/K. R.H., JR, Director”

10

Oznacza to, iż imię i nazwisko to K.H., ani „JR” nie jest elementem imienia i nazwiska, ani „Director”. Z tych też powodów po imieniu i nazwisku (K.H.) występuje przecinek.

Dodatek „Jr” znajduje się po przecinku, co oznacza, iż „Jr” nie jest elementem imienia i nazwiska.

Zamawiający podniósł, że „JR” nie jest elementem imienia i nazwiska i nie jest wpisywany do aktów stanu cywilnego można dowiedzieć się na przykład ze strony Rady Języka Polskiego: „Jeśli chodzi o wypadek drugi, to nic nie przeszkadza w używaniu po nazwisku określenia junior podobnie jak to jest rozpowszechnione w USA (gdzie oczywiście tego określenia też się nie wpisuje do akt stanu cywilnego). Zwyczaj amerykański różni od polskich (pomijając wymowę) tylko pisownia skrótu: w Polsce np. na wizytówce zapisze się Adam XXXjun. albo Adam XXXjr (uwaga: jr bez kropki na końcu), a w USA - Adam XXX Jr. (duże J i kropka na końcu)4”.

Zamawiający oświadczył, że od wielu lat współpracuje z przystępującym, zresztą z odwołującym również, i nie ma żadnych wątpliwości co do dopisku „jr”, jak również nie ma żadnych wątpliwości, iż oświadczenie złożył członek zarządu przystępującego.

Przystępujący Itron Polska Sp. z o.o. w Krakowie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący stwierdził, iż - wbrew twierdzeniom przedstawionym w odwołaniu - przystępujący wykazał, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy P.z.p. Na potwierdzenie braku wystąpienia podstaw do wykluczenia przystępujący załączył do oferty stosowne oświadczenia o niekaralności złożone przez członków zarządu przystępującego przed notariuszem.

Przystępujący wskazał, że członkowie zarządu przystępującego mają swoje miejsce zamieszkania na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej (USA), co zostało potwierdzone w tekście poszczególnych notarialnych oświadczeń o niekaralności (a ściślej w

formule notarialnej zawartej w każdym z oświadczeń), przy czym: (i) miejsce zamieszkania R.H.A. F. oraz K.a R.H. Jr. znajduje się w stanie Waszyngton, a (ii) miejsce zamieszkania J.A. V. - w stanie Idaho.

Przystępujący stwierdził, że w miejscu zamieszkania członków zarządu przystępującego nie wydaje się stosownych zaświadczeń o niekaralności. W związku z powyższym R.H.A. F., K. R.H. Jr. oraz J.A. V., postępując zgodnie z rozporządzeniem, złożyli stosowne oświadczenia przed notariuszem M.E.L.. Wskazane oświadczenia notarialne zostały przedstawione zamawiającemu razem z ofertą przystępującego. Należy

11

zatem uznać, że przystępujący należycie wykazał, że członkowie jego zarządu nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy P.z.p.

Przystępujący przywołał orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 22 maja 2012 r. sygn.

Przystępujący wskazał, że odwołujący bezpodstawnie zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p. Wbrew twierdzeniom odwołującego, dowody na potwierdzenie niekaralności członków zarządu wykonawcy z tytułu popełnienia przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p., nie były w ogóle wymagane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Potwierdza to treść dokumentacji przetargowej w tym postępowaniu. Jest tak dlatego, że postępowanie toczy się przy uwzględnieniu przepisów ustawy P.z.p. o zamówieniach sektorowych - natomiast podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p., w ogóle nie mają zastosowania do zamówień sektorowych.

Przystępujący wskazał jednocześnie, że orzecznictwo KIO przywołane w odwołaniu nie ma znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy, albowiem dotyczy ono zupełnie innych stanów faktycznych. Przystępujący wskazał, że USA jest państwem federalnym, a każdy

Przystępujący stwierdził, że załącznik nr 4 do odwołania pt. „Informacja ze strony internetowej Departamentu Stanu USA” mający rzekomo stanowić dowód na potwierdzenie stanowiska odwołującego w zakresie wydawania oficjalnych zaświadczeń o niekaralności, został sporządzony wyłącznie języku angielskim. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił tłumaczenia dokumentu na język polski. W ocenie przystępującego dokument przedstawiony przez odwołującego nie może stanowić dowodu w postępowaniu przed KIO, albowiem naruszałoby to zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim. 1.20

Z ostrożności procesowej przystępujący wskazał, że z treści Załącznika nr 4 do odwołania sporządzonego w języku angielskim nie wynika, że w stanach Waszyngton i Idaho wydaje się zaświadczenia o niekaralności. Z dokumentu tego nie wynika również w szczególności zakres przestępstw ewentualnie objęty takimi zaświadczeniami,

Przystępujący stwierdził, iż tzw. „The Criminal Justice Information Services (CMS) Division of the Federal Bureau of Investigation” był przedmiotem wyroku KIO z 20 września 2010 r. We wskazanym orzeczeniu KIO uznała, że wskazany rejestr nie stanowi potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu dot. oświadczenia o niekaralności złożonego przez K.a H. Jr., przystępujący wskazał, iż zarzut sprowadza się do zakwestionowania faktu, iż oświadczenie o niekaralności złożone przez K.a H., będącego członkiem zarządu

12

przystępującego, zostało złożone przez inną osobę tj. K.a H. Jr. Wbrew twierdzeniom odwołującego, K.H. - widniejący w KRS jako członek zarządu Itron Polska Sp. z o.o. - i K.H. Jr., wskazany w załączonym do oferty notarialnym oświadczeniu o niekaralności, to ta sama osoba. Odwołujący nie udowodnił zresztą w żaden sposób, aby chodziło o inną osobę - poza czysto formalistycznym powołaniem się na dopisek „Jr.” przy nazwisku członka zarządu, który to dopisek znalazł się w notarialnym oświadczeniu o niekaralności.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący i przystępujący złożyli ofertę w postępowaniu w zakresie zadań nr 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19.

W dniu 15 lutego 2016 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego informację, według której zamawiający wybrał - w zakresie zadań 6, 8, 9, 15, 16, 18, 19 - ofertę przystępującego, którą uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Członkami zarządu przystępującego są:

- a) R.F.- zamieszkały w USA przy 639 North Riverpoint Blvd., Apt. 4W, Spokane, WA 99202 (Stan Waszyngton);
- b) K.H.;
- c) J.V. - zamieszkały w USA przy 2378 Dreamcatcher Drive, Coeur d'Alene, ID 83814 (Stan Idaho);

Przystępujący dołączył do oferty oświadczenia R. F., K. H. Jr., J. V., złożone przed notariuszem - M.E.L. (Liberty Lake/USA) o niekaralności za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.

Izba przeprowadziła dowody z:

- 1) Aktu notarialnego Rep. A nr 420/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://travel.state.gov/content/passports/en/abroad/legal-matters/criminal-record-check.html> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski
- 2) Aktu notarialnego Rep. A nr 422/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://www.fbi.gov/about-us/cjis/identity-history-summary-checks> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski

13

- 3) Aktu notarialnego Rep. A nr 424/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <http://www.wsp.wa.gov/crime/chrequests.htm> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski
- 4) Aktu notarialnego Rep. A nr 426/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://fortress.wa.gov/wsp/watch/UserContent/Forms/Non-CJ/Pubform.pdf> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski
- 5) Aktu notarialnego Rep. A nr 428/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://www.isp.idaho.gov/BCI/index.html> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski
- 6) Aktu notarialnego Rep. A nr 432/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://www.isp.idaho.gov/BCI/documents/NameCheck.pdf> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski
- 7) Aktu notarialnego Rep. A nr 430/16, zawierającego protokół z otwarcia strony internetowej <https://www.isp.idaho.gov/BCI/PublicAccessToCriminalHistory.html> z załącznikiem w postaci wydruku z tejże strony wraz z tłumaczeniem na język polski.
- 8) Aktów notarialnych Rep. A nr 434/2016, 436/2016, 438/2016, 440/2016, zawierające protokoły z przeglądu wiadomości znajdujących się na stronie <https://www.adplegal.pl/SOGo/so/> wraz z załącznikami w postaci wydruków wiadomości e-mail
- 9) Informacji prawnej Tytusa Cytowskiego, adwokata w stanie Nowy Jork, z dnia 2 marca 2016 roku.

Izba pominęła dowód z kopii „Zgody na powołanie” oraz „Oświadczenia” z dnia 12.11.2015 roku, na okoliczność wykazania tożsamości podpisów K.H. oraz K.H. Jr. wskazując, iż porównanie podpisów wymaga wiadomości specjalnych. Zamawiający, który dowód ten przedłożył, nie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny grafologii na okoliczność wykazania, że podpisy te złożyła ta sama osoba.

Izba zważyła, co następuje.

Odwolanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że przystępujący

14

nie podlega wykluczeniu z powodu popełnienia przez członków zarządu przestępstw

określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 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, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 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 aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 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.

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z KRK, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą.

W myśl ust. 3, 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

15

odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

Przed wszystkim Izba podkreśla, że nie zgadza się z tezą, iż wydruki ze stron internetowych nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu przed Izbą. Tego rodzaju ogólne stwierdzenie nie jest uprawnione i każdy przedłożony wydruk winien być oceniony m.in. pod względem tego, z jakiego źródła pochodzi i jakiego rodzaju informacje zawiera. Odwołujący przedłożył wydruki ze stron rządowych Stanów Zjednoczonych. W ocenie Izby brak jest podstaw, by odmówić im mocy dowodowej, jako że pochodzą od organów władzy publicznej i są skierowane do obywateli amerykańskich i innych zainteresowanych podmiotów.

W ocenie Izby, przedłożone przez odwołującego, wskazane wyżej dowody, potwierdzają, że w Stanach Zjednoczonych możliwe jest uzyskanie zaświadczenia potwierdzającego karalność lub brak karalności osoby zainteresowanej. Możliwość ta istnieje zarówno na szczeblu federalnym, jak w stanach Waszyngton i Idaho, z których pochodzą członkowie zarządu przystępującego. I tak – w wydruku ze strony <https://travel.state.gov/content/passports/en/abroad/legal-matters/criminal-record-check.html> wskazano, iż „Obywatele Stanów Zjednoczonych mogą mieć obowiązek przedstawienia świadectwa *moralności* albo potwierdzenia *braku wpisów w rejestrze osób karanych* (...) Obywatele Stanów Zjednoczonych mają różne możliwości wnioskowania o wydanie dowodu braku wpisów w rejestrze osób karanych”.

Na stronie internetowej FBI wskazano, wydaje się „Historia Tożsamości”, często określaną jako dane z rejestru osób skazanych albo *rap sheet* (karta karna).

Strona internetowa <http://www.wsp.wa.gov/crime/chrequests.htm> zawiera informację o rejestrze prowadzonym przez Sekcję Identyfikacji i rejestru Osób Skazanych Policji Stanu Waszyngton. Informacje z tego rejestru mogą być udostępniane obywatelom dla celów innych niż prowadzone przez wymiar sprawiedliwości m.in. w zakresie informacji o osobach

skazanych.

Na stronie internetowej Policji Idaho stwierdzono, iż Urząd Identyfikacji Przesłanych (BCI) świadczy usługi informacyjne i identyfikacyjne wspomagające wykrywanie i zatrzymywanie przestępców. BCI stanowi centralne stanowe repozytorium rejestru osób skazanych, odcisków linii papilarnych i statystyki przestępczości. Strona zawiera również stosowny formularz, który należy wykorzystać przy żądaniu danych z rejestru.

Analiza treści wskazanych stron internetowych potwierdza, iż w Stanach Zjednoczonych możliwe jest uzyskanie zaświadczeń potwierdzających karalność lub brak karalności osób fizycznych. Zaświadczenia te – oprócz innych informacji – zawierają

16

informacje o osobach skazanych, co w ocenie Izby czyni zadość wymogom określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. Strona przeciwna, tj. zamawiający oraz wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie przedłożyli żadnych dowodów, na podstawie których Izba mogłaby ustalić niemożność uzyskania wymaganego zaświadczenia lub też zaświadczenia o wymaganej treści.

Pozostałe dowody złożone przez odwołującego stanowią, w ocenie Izby, dokumenty prywatne w rozumieniu art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego. Ich wartość dowodową Izba oceniła jako znikomą, pozostającą bez wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, iż członkowie zarządu przystępującego winni byli przedłożyć stosowne zaświadczenia potwierdzające ich niekaralność, wydane przez właściwe organy państwowe lub stanowe. Posłużenie się przez przystępującego oświadczeniami złożonymi przed notariuszem nie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych wyżej przepisach ustawy P.z.p. i rozporządzenia.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 8 ustawy P.z.p., z powodu niewykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia wskazanych w tym przepisie. Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia z wykonawcy, który nie złożył wymaganych dokumentów, o ile wcześniej nie wezwie wykonawcy do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy do kategorii tzw. „zamówień sektorowych, o których mowa w art. 132 i nast. ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 133 ust. 3 ustawy, do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo niewykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia z uwagi na fakt, iż oświadczenie K.H. Jr. Z dnia 12 listopada 2015 roku zostało złożone przez osobę, która nie jest członkiem zarządu. Izba nie uwzględniła również zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego niekaralność wskazanej osoby.

W ocenie Izby dopisek „Jr.” nie jest ani imieniem, ani nazwiskiem Pana K.H. Odwołujący nie wykazał natomiast, iż określenie to przesądza, iż mamy do czynienia z inną osobą niż wykazana w dokumentach rejestrowych przystępującego.

17

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

18