Sygn. akt: KIO 285/15
KIO 286/15

WYROK
z dnia 26 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Robert Skrzeszewski
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez wykonawcę **seebaWind Service GmbH z siedzibą w Osnabrück (Niemcy),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Energa Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Gdańsku,**

orzeka:

1. Oddala oba odwołania w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **seebaWind Service GmbH** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań.

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 z poźn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 285/15
KIO 286/15

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA Wytwarzanie S.A. prowadzi w trybie negocjacji − z ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówień publicznych pn.:
Bieżąca obsługa serwisowa turbin wiatrowych FW Karścino (sygn. akt KIO 285/15), −
Duże naprawy urządzeń Farmy Wiatrowej w Karścinie (sygn. akt KIO 286/15). −

W dniu 13 lutego 2015 r. wykonawca seebaWind Service GmbH wniósł odwołania wobec czynności wykluczenia go z udziału w ww. postępowaniach, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (a w przypadku postępowania w sprawie KIO 286/15 również art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł, że naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegało na przyjęciu, że Odwołujący nie spełnił warunku niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, bowiem dla jednego z członków jego Zarządu nie zostało przedłożone zaświadczenie urzędowe potwierdzające, że nie został on prawomocnie skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący prawidłowo wykazał, że wskazany członek Zarządu nie został prawomocnie skazany za ww. przestępstwa, składając dopuszczalne w świetle orzecznictwa i zgodne z sugestiami Zamawiającego oświadczenie w formie notarialnej.

Odwołujący wskazał, że w dniu 12 grudnia 2014 r. (dot. sprawy KIO 285/15) oraz w dniu 17 grudnia 2014 r. (dot. sprawy KIO 286/15), wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył w odniesieniu do jednego z członków zarządu (tj. pana S. M.), zaświadczenie o niekaralności („Fuhrunszeugnis"), wystawione w dniu 28 listopada 2014 r. przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn (Bundesamt für Justiz), nie złożył natomiast dokumentów potwierdzających, że drugi członek Zarządu pan H. H. nie był karany za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w związku z rozbieżnościami wynikającymi z interpretacji § 4 ust. 3 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 dnia 19 lutego 2013 r.) w odniesieniu do niemieckich zaświadczeń o niekaralności wynikających z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, po podjęciu decyzji o złożeniu wniosku w postępowaniu zwracał się kilkakrotnie drogą e-mailową oraz telefoniczną do przedstawicieli Zamawiającego o wskazanie/wyjaśnienie, jakie dokumenty

(zaświadczenie o niekaralności czy oświadczenie złożone przed notariuszem) będą odpowiednie w zakresie członków organu zarządzającego Odwołującego zamieszkałych w Niemczech. Tym samym wnosił o interpretację postanowień punktu III. 2.1 ust. 4 Ogłoszenia o zamówieniu. Wszystkie e-maile Odwołującego pozostały bez jakiejkolwiek odpowiedzi. Jednak w dniu 12 grudnia 2014 r. w rozmowie telefonicznej z panią K. pracownicy Odwołującego (tj. pani K. D. oraz pani E. B.) zostali poinformowani, że przedłożenie przez Odwołującego oświadczenia złożonego przed notariuszem będzie uznane za prawidłowe, gdyż zarówno zaświadczenie o niekaralności, jak i oświadczenie własne złożone przed notariuszem w ocenie pani K. (reprezentującej Zamawiającego) będą uznawane za prawidłowe. Tym samym przedstawiciel Zamawiającego udzielił przedstawicielowi Odwołującego informacji co do sposobu wykładni postanowień punktu III. 2.1 ust. 4 Ogłoszenia o zamówieniu. Wbrew zapowiedziom, Odwołujący nie otrzymał pisemnego (e-mail) potwierdzenia ww. stanowiska Zamawiającego. Odwołujący załączył do odwołania kopie wiadomości e-mail skierowanych do Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że powyższe wyjaśnienia Zamawiającego odnośnie rodzaju wymaganych dokumentów były dla niego kluczowe, bowiem działał on w zaufaniu wobec Zamawiającego. Ponadto pozyskanie zaświadczenia z niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości o niekaralności wymaga odpowiedniej ilości czasu. Zaświadczenia te nie są bowiem w Niemczech wystawiane „od ręki", ale są uzależnione od złożenia stosownego wniosku i czasem oczekiwania nawet do 2 tygodni.

Odwołujący podał, że w dniu 22 stycznia 2015 r. (czwartek) otrzymał drogą e-mailową wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie m.in. aktualnego zaświadczenia o niekaralności Prezesa Zarządu Odwołującego (pana H. H.), z terminem uzupełnienia dokumentów w formie elektronicznej do dnia 27 stycznia 2015 r. (wtorek) godz. 15.00, a w oryginale do dnia 30 stycznia 2015 r. W świetle blisko dwutygodniowego oczekiwania na uzyskanie przedmiotowego zaświadczenia z niemieckiego rejestru karnego wezwanie to było już w momencie jego skierowania niemożliwe do realizacji. Po otrzymaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów pracownik Odwołującego w dniu 26 stycznia 2015 r. skontaktował się z panią K., aby upewnić się, czy złożenie oświadczenia złożonego przed notariuszem będzie wystarczające do wypełnienia wezwania Zamawiającego i uzyskał takie

nawet jednoznaczne

potwierdzenie. Przedstawiciel Zamawiającego zasugerował przedłożenie takiego dokumentu , gdyż jednocześnie zasygnalizował, że ewentualna prośba o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów nie będzie uwzględniona. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przekazał oświadczenie złożone przed notariuszem, zgodnie z którym treścią na dzień 15 grudnia 2014 r. (tj. na dzień składania wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu) pan H. H. nie został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Dnia 3 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazując, że wykluczył

Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że pan H. H. ma miejsce zamieszkania na terenie Republiki Federalnej Niemiec, a w tym kraju zaświadczenia o niekaralności wystawiane są przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Tym samym, według Zamawiającego, nie ma tutaj zastosowania § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, że oświadczenia złożone przed notariuszem nie mogły być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przygotowując się do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu miał świadomość istniejących rozbieżności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie interpretacji § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów w odniesieniu do niemieckich zaświadczeń o niekaralności. Z dostępnego orzecznictwa KIO i sądów powszechnych wynikała możliwość zamiennego składania urzędowych zaświadczeń o niekaralności oraz notarialnych oświadczeń. Każdy z tych dokumentów był w ocenie Odwołującego obarczony pewnym ryzykiem, niemieckie − − zaświadczenie o niekaralności nie wskazuje bowiem na wszystkie przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei oświadczenie przed notariuszem, którym wszystkie te przestępstwa można było objąć, nie było wystarczające, jeżeli istnieje zaświadczenie urzędowe. Możliwość zamiennego stosowania wskazanych dokumentów wydawała się więc logiczna i spełniała funkcję pogłębiania zaufania do systemu prawnego oraz niekarania w przypadku niejednoznacznego brzmienia przepisu. Odwołujący przedłożył wraz z wnioskiem urzędowe zaświadczenie o niekaralności dla pierwszego z członków Zarządu, jednakże wezwany do uzupełnienia dokumentów w niezwykle krótkim terminie, świadom możliwych wykładni i uzyskawszy potwierdzenie Zamawiającego przedłożył dla drugiego z członków Zarządu dokument zamienny − oświadczenie notarialne. Dodatkowym argumentem była tutaj niemożność pozyskania w odpowiednim terminie urzędowego zaświadczenia (z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Odwołującego, wynikających nie

tylko ze wskazanego długiego czasu oczekiwania na zaświadczenie o niekaralności, ale także absencji członka zarządu).

Odwołujący podniósł, że rozważałby z ostrożności wystąpienie o przedłużenie (urealnienie) terminów na przedłożenie odnośnego zaświadczenia o niekaralności, jednak po uzyskaniu w podczas rozmowy telefonicznej zapewniania, że oświadczenie złożone przed notariuszem będzie wystarczające, a ewentualny wniosek o przedłużenie terminu i tak nie spotka się z uwzględnieniem, odstąpił od tego zamiaru. Ponadto, znaczenie dla Odwołującego miało potwierdzenie dokonane w dniu 12 grudnia 2014 r. przez Zamawiającego. Zaufanie do Zamawiającego nie pozwoliło na jakiekolwiek wątpliwości co do prawdziwości jego zapewnienia. Deklaracja przedstawiciela Zamawiającego o respektowaniu przez Zamawiającego każdego z tych dokumentów na równi, spowodowało, że Odwołujący nie tylko w momencie składania przedmiotowego wniosku o udział w postępowaniu, ale także i na etapie uzupełniania tego wniosku, pozostawał w uzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że przedłożenie oświadczenia o niekaralności będzie nie tylko zgodne z interpretacją wskazanych powyżej postanowień Ogłoszenia o zamówieniu dokonanej przez Zamawiającego, ale także najpełniej (w przeciwieństwie do zakresu przedmiotowego rejestru karnego niemieckiego i polskiego, odnoszących się do innych typów przestępstw ujętych w tych rejestrach) będzie potwierdzało brak przesłanek do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący przyznał, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, wymagałby, co do zasady i zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, uznania prymatu zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu stanowiącego, np. oświadczenie notarialne członka Zarządu. Zgodnie z literalną treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa − „dokumentu nie wydaje się". Jednak ustawodawca,

implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw, w tym jej art. 45 ust. 3 lit. a) stanowiący, że wyciąg z rejestru sądowego stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Podobnie Izba orzekała w wyrokach: z dnia 20 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 1668/10), z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 303/10), z dnia 14 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 735/10). Dodatkowo można wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach (wyrok z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 255/10), w którym Sąd stwierdził: *Zgodzić się należy ze skarżącym, iż*

zakres informacji wynikających z francuskiego biuletynu nr 3 jest mniejszy niż podane w Krajowym Rejestrze Karnym. Nie oznacza to jednakże, że przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (…) Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 nie nakłada na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Polski obowiązku złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą identycznego z zakresem zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Przepis wymaga jedynie zaświadczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tego zapisu. Cyt. rozporządzenie nie przewiduje również aby zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt.4-8 upzp były dodatkowo „wzmacniane" oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organu samorządu zawodowego łub gospodarczego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. Przepis § 2 ust. 3 ww. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wprost stanowi, iż jeżeli w kraju pochodzenia 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 złożenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawcą ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zatem dokument zawierający stosowne oświadczenie jest samoistnym dokumentem, którego może zażądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, z przytoczonego wyroku wynika jednoznacznie, że skoro w kraju pochodzenia wydaje się zaświadczenie, które nie jest w pełni adekwatne do wymogów polskich przepisów, można je zastąpić oświadczeniem. Podobne stanowisko w zakresie istniejących rozbieżności w interpretacji przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zaprezentował także Sąd Okręgowy w Opolu w wyroku z 7 maja 2010 r. (sygn. akt VI Ga 49/10) oraz KIO, uznając za prawidłowe przedkładanie oświadczeń złożonych przed notariuszem w miejsce zaświadczeń o niekaralności (sygn. akt. KIO/UZP 155/10; sygn. akt. KIO/UZP 244/10 i KIO/UZP 257/10; sygn. akt. KIO/2448/10 oraz KIO/148/10, 155/10; sygn. akt KIO 1130/11; sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10 i KIO 2496/10). Na różne możliwości udokumentowania niekaralności zwróciła uwagę także KIO w wyroku z 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) uznając za uprawnione

przedkładanie w odniesieniu do członków zarządu zamieszkałych w Niemczech zaświadczenia o niekaralności lub oświadczenie o niekaralności.

Odwołujący podniósł, że wbrew orzecznictwu KIO, w niniejszej sprawie odmówiono całkowicie wartości oświadczenia złożonego przed notariuszem, uznając zaświadczenia odpowiedniego rejestru w Niemczech dla wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, za jedyny dopuszczalny dokument. Uszło jednak uwadze Zamawiającego, że nie można

spornego w niniejszej sprawie zagadnienia odrywać od celu, jakiemu służy udokumentowanie niepodlegania wykluczeniu za pomocą spornych dokumentów. Jakkolwiek postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem sformalizowanym i w znacznym stopniu rygorystycznym, jednak formalizm nie jest celem samym w sobie i ma służyć realizacji celu postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest zawarcie umowy zamówienie publiczne. Formalizm ten, jak i nadanie przez ustawodawcę jednolitych dla wszystkich uczestników postępowania ram i postawienie jednakowych wymagań podporządkowane są temu celowi i nie powinny mieć przed nim pierwszeństwa. Kwestia udokumentowania niepodlegania wykluczeniu jest sferą związaną z dopuszczeniem określonego katalogu podmiotów do udziału w postępowaniu, nie stanowi zaś narzędzia konkurowania wykonawców między sobą, czy narzędzia wykluczania wykonawców. Tym samym nie wydaje się właściwą praktyka wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył dopuszczony treścią przepisów dokument, wykazujący niepodleganie wykluczeniu, szczególnie w okolicznościach niejednoznacznego przepisu i rozbieżnego na jego tle orzecznictwa. Już choćby te dwie okoliczności powinny skłaniać do wyrozumiałego traktowania analizowanego zagadnienia przez Zamawiającego. Nie powinno się wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który posłużył się oświadczeniem w miejsce zaświadczenia, szczególnie iż mógł zdawać sobie sprawę, że odpowiednie zaświadczenie wydawane przez organy kraju pochodzenia danej osoby nie odpowiada swoim zakresem wymogom art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp i w związku z tym dokumentem odpowiednim do udokumentowania warunku udziału w postępowania byłoby stosowne oświadczenie.

Dodatkowo Odwołujący podniósł konieczność uwzględnienie elementu zaufania w stosunkach pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Działając w zaufaniu do Zamawiającego Odwołujący przedłożył dokument wskazany przez Zamawiającego jako równoważny z urzędowym poświadczeniem niekaralności i wystarczający. Następnie z uwagi na przedłożenie tego dokumentu zostaje z postępowania wykluczony. Wydaje się, że w niniejszej sytuacji wykładnia przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów musi uwzględniać całość mających miejsce zdarzeń. Działanie w oparciu o szerokie orzecznictwo

KIO i sądów powszechnych oraz wyjaśnień Zamawiającego doprowadziło do wykluczenia Odwołującego. Wykluczenie to nie znajduje uzasadnienia w dostępnych wykładniach rozporządzenia o dokumentach oraz w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu (a w przypadku postępowania w sprawie KIO 286/15 unieważnienia czynności unieważnienia postępowania), powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zaproszenia Odwołującego do kolejnego etapu postępowania, czyli złożenia oferty wstępnej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie III.2.1 ogłoszeń o zamówieniach (Sytuacja *podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego)* ppkt 4, Zamawiający zamieścił wymóg złożenia przez wykonawców aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 2 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W pkt III.2.2 ogłoszenia Zamawiający poinformował, że w przypadku gdy osoby, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

W aktach postępowania dotyczącego bieżącej obsługi serwisowej turbin wiatrowych FW Karścino (sygn. akt KIO 285/15) znajdują się wiadomości mailowe z dnia 26 listopada

2014 r. i 1 grudnia 2014 r. wysłane przez panią K. D. do pani A. K. . W pierwszym z ww. maili zwrócono się z *prośbą o potwierdzenie, że w zakresie pkt 6 podpunkt 8 (załącznik nr 7 - informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp), wystarczające jest oświadczenie złożone przed niemieckim notariuszem, zaświadczające o niekaralności w tym o niepopełnieniu przestępstwa i o braku prawomocnego skazania 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
przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku −
mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W mailu z 1 grudnia 2014 r. zwrócono się o potwierdzenie, że wystarczające jest niemieckie zaświadczenie o niekaralności (Führunszeugnis) wydane przez Bundesamt für Justiz albo oświadczenie przed niemieckim notariuszem, zaświadczające o niekaralności, w tym o niepopełnieniu przestępstwa i o braku prawomocnego skazania za przywołane wyżej przestępstwa.

W przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji z postępowania brak jest dokumentu potwierdzającego udzielenie odpowiedzi na powyższe wiadomości.

Odwołujący złożył wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniach, załączając do nich zaświadczenia o niekaralności członka Zarządu pana S. M. wydane w dniu 28 listopada 2014 r. przez Ministerstwo Sprawiedliwości, w którym stwierdza się, że ww. osoba nie figuruje w tamtejszym rejestrze karnym. Do wniosków nie załączono zaświadczeń o niekaralności Prezesa Zarządu pana H. H. .

W dniu 22 stycznia 2015 r. Zamawiający, w zakresie obu postępowań, wezwał Odwołującego m.in. do *przedłożenia aktualnego zaświadczenia o niekaralności z Ministerstwa Sprawiedliwości dla Prezesa spółki pana H. H., wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* W obu przypadkach Zamawiający wyznaczył termin przedłożenia dokumentów w formie elektronicznej na dzień 27 stycznia 2015 r. godz. 15, a w oryginale na dzień 30 stycznia 2015 r. godz. 13.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przekazał Zamawiającemu oświadczenie złożone przez pana H. H. w dniu 27 stycznia 2015 r. przed niemieckim notariuszem, w którym oświadcza on, że nie popełnił żadnego przestępstwa i że nie został przeciwko niemu wydany żaden skazujący wyrok, w tym 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
przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku −
mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Pan H. H. oświadczył, że warunek ten był przez niego spełniony również w dniu 15 grudnia 2014 r.

W dniu 3 lutego 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w obu postępowaniach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający podał m.in., że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania osób nie wydaje się zaświadczeń właściwego organu sądowego albo

administracyjnego, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem. Zamawiający wskazał, że w Niemczech (miejscu zamieszkania pana H. H.) zaświadczenia o niekaralności wydaje Ministerstwo Sprawiedliwości.

W odniesieniu do postępowania pn. *Duże naprawy urządzeń Farmy Wiatrowej w Karścinie* (sygn. akt KIO 286/15) Zamawiający poinformował również o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Kwestionowane czynności Zamawiającego pozbawiają bowiem Odwołującego możliwości dalszego udziału dalszego udziału w postępowaniu, a w konsekwencji ewentualnego uzyskania zamówienia. −

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby fizyczne, a także spółki jawne, spółki partnerskie, spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, osoby prawne, których odpowiednio: wspólnika, partnera lub członka zarządu, komplementariusza, 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 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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, 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, m.in. (pkt 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. Z kolei w myśl § 4 ust. 1 przywołanego wyżej rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu wskazanego w§ 3 ust. 1 pkt 5, 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. Jednocześnie § 4 ust. 3 rozporządzenia stanowi, że jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał braku negatywnych przesłanek udziału w postępowaniach, dotyczących niekaralności Prezesa Zarządu pana H. H. za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Po pierwsze należy stwierdzić, że dokument, jaki należy złożyć na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na wskazanej wyżej podstawie, określają powszechnie obowiązujące przepisy prawa, nie zaś stanowisko Zamawiającego. Wobec powyższego dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy bez znaczenia jest, czy i jakich

informacji udzielił Odwołującemu pracownik Zamawiającego. Nawet jeśli informacja o tym, że wystarczające jest przedłożenie oświadczenia o niekaralności złożonego przed notariuszem rzeczywiście została wykonawcy udzielona telefonicznie (czego jednak Odwołujący nie wykazał), to nie czyniłaby ona działań wykonawcy poprawnymi w świetle przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący bowiem, wykazując brak podstaw do wykluczenia z postępowania, podlega powszechnie obowiązującym przepisom prawa, których prawidłowe stosowanie obciąża wykonawcę, zwłaszcza że jest on profesjonalnym podmiotem będącym uczestnikiem rynku zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało rozstrzygnąć, czy złożenie oświadczenia o niekaralności w miejsce właściwego było dopuszczalne zaświadczenia organu i uzasadnione w świetle § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W tym zakresie Izba wskazuje, że bezspornym między stronami jest fakt, iż w kraju miejsca zamieszkania Prezesa Zarządu Odwołującego (w Niemczech) wydaje się zaświadczenia o niekaralności. Zaświadczenie takie, wydane przez Ministerstwo Sprawiedliwości (Bundesamt fur Justiz w Bonn) Odwołujący złożył w odniesieniu do drugiego z członków Zarządu.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia tezy Odwołującego, że dopuszczalność złożenia oświadczenia wynika z braku tożsamości zakresu przedmiotowego niemieckich zaświadczeń o niekaralności z katalogiem przestępstw określonych w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Po pierwsze, jak wynika z treści zaświadczenia dotyczącego pana S. M., nie dotyczy ono określonego rodzaju czy katalogu przestępstw, lecz potwierdza ogólny fakt niekaralności danej osoby (o czym świadczy adnotacja: „Brak wpisów nie figuruje"). Po drugie, Odwołujący podniósł jedynie ogólne i nie − poparte argumentacją ani dowodami twierdzenie, że niemiecki rejestr karny ma zakres różny od katalogu przestępstw określonego przepisami ustawy Pzp. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że fakt niefigurowania w rejestrze skazanych udokumentowany zaświadczeniem z niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości nie potwierdza, że dana osoba nie była prawomocnie skazana za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Odwołujący nie określił, jakich przestępstw nie wpisuje się do niemieckiego rejestru i nie wykazał, że dotyczy to przestępstw istotnych z punktu widzenia podlegania wykluczeniu z prowadzonego w Polsce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Odwołującego, który składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniach, złożył zaświadczenie o niekaralności jednego z członków Zarządu, wystawione przez właściwy organ (zaświadczenie to nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego), natomiast

w postępowaniu odwoławczym próbował zaprzeczyć, aby takie zaświadczenie było wystarczające, nie określając jednak, na czym braki takiego oświadczenia miałyby polegać.

Dodatkowo wskazać należy, że o dopuszczalności zastąpienia urzędowego zaświadczenia o niekaralności oświadczeniem złożonym przed notariuszem nie może przesądzać podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że wyznaczony w wezwaniu termin był zbyt krótki na uzyskanie stosownego zaświadczenia. Po pierwsze, okolicznością uzasadniającą złożenie oświadczenia, zamiast urzędowego zaświadczenia, jest wyłącznie fakt niewydawania stosownych zaświadczeń w kraju siedziby wykonawcy, nie zaś utrudnienia w ich szybkim uzyskaniu. Biorąc pod uwagę datę wszczęcia postępowań (20 listopada 2014 r.) i termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (16 grudnia 2014 r. i 23 grudnia 2014 r.) możliwe było uzyskanie zaświadczenia z odpowiednim wyprzedzeniem, a konsekwencje nieuzyskania tego dokumentu obciążają wykonawcę. Ponadto nie jest tak, że wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy z założenia dokumentów, których wykonawca nie posiada, a które musi dopiero uzyskać, z czego można by wywodzić istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku uwzględniania przy wyznaczaniu terminu czasochłonności procedur związanych z uzyskaniem danego dokumentu. Na marginesie wskazać należy, że w przypadku zaświadczeń o niekaralności, ich uzupełnienie z reguły możliwe jest w sytuacji, gdy wykonawca w dacie składania wniosków czy ofert takie zaświadczenie już posiada, a jedynie nie przedłożył go wraz z wnioskiem lub ofertą. Odwołujący nie wskazywał, czy możliwe jest

uzyskanie zaświadczenia z niemieckiego rejestru karnego na dzień wcześniejszy niż dzień wydania zaświadczenia, nie wiadomo zatem, czy termin wyznaczony przez Zamawiającego mógł przeszkodzić w uzyskaniu zaświadczenia, bo nie wiadomo, czy uzyskanie takiego zaświadczenia według stanu najpóźniej na dzień składania wniosków byłoby w ogóle możliwe. Dodatkowo Odwołujący nie wnioskował o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów, opierając się na przywołanych, choć niepotwierdzonych żadnymi dowodami, informacjach udzielonych telefonicznie o niemożliwości przedłużenia terminu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniach, Zamawiający nie naruszył przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy. W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..