

Sygn. akt KIO 2684/15

Sygn. akt: KIO 2684/15

WYROK

z dnia 4 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2015 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015r. **przez odwołującego:** Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green W6 7EF Londyn w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa.

przy udziale: przystępującego MGGPS.A. z siedzibą w Tarnowie ul. Kaczkowskiego 6; 33-100 Tarnów przystępujący **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green W6 7EF Londyn i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green W6 7EF Londyn tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green W6 7EF Londyn na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę

1

Sygn. akt KIO 2684/15

3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 2684/15

Uzasadnienie

W dniu 11 grudnia 2015 r. odwołujący: Halcrow Group Limited Elms House, 43 Brook Green W6 7EF Londyn, Wielka Brytania i prowadzący działalność w Polsce przez: Halcrow Group sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Wspólna 47 / 49; 00-684 Warszawa wniósł odwołanie od czynności zamawiającego odrzucenia jego oferty.

Powyższa czynność podjęta była w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego na wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: "Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie" - część 3 zamówienia (numer

referencyjny: 6060/ICZ4/000001/15/P), zwanego dalej "Postępowaniem";

Ogłoszenie z dnia 4 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr 2015/S 024-040061

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej "Pzp" wniesiono odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 30 listopada 2015 roku polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu:

a. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp. poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania; oraz

b. naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp. poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z Postępowania.

II. na skutek naruszenia ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i Odwołujący może z tego tytułu ponieść szkodę; w przypadku uwzględnienia odwołania, w związku z tym, iż oferta Odwołującego była najkorzystniejsza, Zamawiający powinien zawrzeć umowę z Odwołującym; Odwołujący posiada zatem interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.;

III. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu z Postępowania oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu w dniu 1 grudnia 2016 roku (znak:

3

Sygn. akt KIO 2684/15

ICZ4d-2130-E59-55/15); wnosząc niniejsze odwołanie, Odwołujący zachował zatem wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. termin do jego wniesienia;

IV. wskazując na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu.

Odwołujący przedstawił następujące okoliczności

1.1 PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wszczęły postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: "Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie.

1.2 Dnia 2 czerwca 2015 r. ofertę w Postępowaniu złożył, między innymi, Odwołujący.

1.3 11 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, że w zakresie części 3 zamówienia objętego Postępowaniem jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Odwołującego.

Od ww. czynności Zamawiającego 21 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały złożone odwołania przez wykonawców MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Systra S.A. z siedzibą w Paryżu. 1

1.5 14 września 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej "KIO" lub "Izbą")

uwzględniła w wyroku (sygn. KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15) odwołania wykonawców MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i Systra S.A. z siedzibą w Paryżu nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 zamówienia objętego Postępowaniem oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu Odwołującego nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp.

W wyroku z 14 września 2015 r. KIO wskazała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. polegający na zaniechaniu wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu Odwołującego zamieszkali w Wielkiej

Brytanii (tj. Panowie S.H., J.R. oraz T.C.), nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp. KIO nakazała zatem Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do: "uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy

4

Sygn. akt KIO 2684/15

nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym, w art. 24 ust 1 pkt. 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy". Ponadto, w uzasadnieniu wyroku z 14 września 2014 r. KIO uznała zaświadczenie wydawane przez Disclosure Scotland za właściwe do potwierdzenia ww. okoliczności.

Dnia 22 października 2015 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu wezwanie do złożenia brakujących dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z Postępowania na tej podstawie, że członkowie zarządu Odwołującego zamieszkali na terenie Wielkiej Brytanii i jeden członek zarządu zamieszkujący na terenie USA, nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24. ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp., w nieprzekraczalnym terminie do 28 października 2015 r. W wezwaniu Zamawiający wskazał ponadto, że w wyroku z 14 września 2015 r. KIO - według interpretacji Zamawiającego - stwierdziła, że dokumentami takimi, w odniesieniu do członków zarządu zamieszkających na terenie Wielkiej Brytanii, są zaświadczenia wydane przez Disclosure Scotland. Ponadto, Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. przedstawione przez Odwołującego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

1.8 Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w dniu 27 października 2015 r. przedstawiając Zamawiającemu dokumenty potwierdzające niekaralność członka zarządu Odwołującego zamieszkującego w Stanach Zjednoczonych oraz niekaralność trzech członków zarządu Odwołującego zamieszkających w Wielkiej Brytanii. Odwołujący wskazał, że KIO w wyroku z 14 września 2015 r. nie zastrzegła, iż zaświadczenia wydawane przez Disclosure Scotland są jedynymi potwierdzającymi niekaralność i przekazał Zamawiającemu zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Odwołującego zamieszkających na terenie Wielkiej Brytanii wydane przez brytyjską policję. Odwołujący wskazał, że w odróżnieniu od zaświadczenia wydawanego przez Disclosure Scotland, które KIO uznała za wystarczające, policyjne zaświadczenia wydane przez Biuro Rejestru Karnego Rady Szefów Policji Narodowej (The National Police Chief s' Council Criminal Records Office), występujące w Wielkiej Brytanii również pod skróconą nazwą ACRO (zwane dalej "ACRO") nie uwzględniają Ustawy o resocjalizacji przestępców z 1974 roku (Réhabilitation of Offenders Act 1974). Powyższe oznacza, że informacja podana w zaświadczeniu wydanym przez ACRO dotyczy wszystkich skazań (w tym również takich, które mogły ulec zatarciu).

5

Sygn. akt KIO 2684/15

1.9 Do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący dołączył: (i) zaświadczenie wydane przez ACRO potwierdzające niekaralność S.H wraz z tłumaczeniem przysięgłym, (ii) zaświadczenie wydane przez ACRO potwierdzające niekaralność J.R. wraz z tłumaczeniem przysięgłym oraz (iii) zaświadczenie wydane przez ACRO wraz z tłumaczeniem przysięgłym, potwierdzające niekaralność T.C. (w którego nagłówku, ze względu na użycie wcześniej obowiązującego papieru firmowego, widnieje nie logo ACRO, a logo Stowarzyszenia Oficerów Szefów Policji - Association of Chief Police Officers) występującego w Wielkiej Brytanii również pod skróconą nazwą ACPO.

We wszystkich trzech zaświadczeniach przedstawionych Zamawiającemu przez Odwołującego stwierdza się (zgodnie z brzmieniem tłumaczenia przysięgłego), że w odniesieniu do adresata zaświadczenia "krajowy policyjny rejestr karny PNC nie ma

żadnych dotyczących Pana informacji".

1.10 W dniu 6 listopada 2015 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu pismo tłumacza przysięgłego, który przetłumaczył zaświadczenia, o których mowa w pkt 1.9. W piśmie tym tłumacz przysięgły wyjaśniał, że użyty przez niego zwrot w zaświadczeniach przetłumaczony jako "niniejszy dokument nie stanowi zaświadczenia o niekaralności" jest błędny i powinien brzmieć "niniejszy dokument nie stanowi zaświadczenia o nieposzkalowanej opinii" (w języku angielskim: "certificate of good character"). Jak wyjaśnił tłumacz przysięgły, pomyłka wynika stąd, że w niektórych krajach anglojęzycznych przez termin "certificate of good character" rozumie się zaświadczenie o niekaralności, jednak w Wielkiej Brytanii termin ten dotyczy informacji o "nieposzkalowanej opinii".

1.11 W dniu 30 listopada 2015 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp, powołując się na wyrok KIO z 14 września 2015 r.

Zawiadomienie o wykluczeniu zostało doręczone Odwołującemu 1 grudnia 2015 r.

Uzasadniając przyczyny wykluczenia, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący "nie uzupełnił, zgodnie z wyrokiem KIO, dokumentów, jakimi są zaświadczenia z Disclosure Scotland dla członków zarządu wykonawcy zamieszkałych na terenie Wielkiej Brytanii." Zdaniem Zamawiającego, nieuzupełnienie tych dokumentów przez Odwołującego "pozostaje w oczywistej rozbieżności do ustaleń i stwierdzeń zawartych w uzasadnieniu cytowanego powyżej wyroku KIO z 14 września 2015 r. W piśmie z 30 listopada 2015 r. Zamawiający podniósł również, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenia z ACRO zawierały stwierdzenie, że "niniejszy dokument nie stanowi zaświadczenia o niekaralności", co zdaniem Zamawiającego powinno stanowić podstawę do nieuwzględnienia tych dokumentów przez Zamawiającego (przy czym Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu decyzji o

6

Sygn. akt KIO 2684/15

wykluczeniu do faktu przedstawienia przez Odwołującego sprostowania tłumaczenia przysięgłego, o którym mowa w pkt 1.10 powyżej.

1.12 Nie zgadzając się z oceną Zamawiającego przedstawioną w piśmie z 30 października 2015 r., Odwołujący składa niniejsze odwołanie.

2. ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW

2.1 Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania była bezprawna i została podjęta z naruszeniem art. 24 Pzp.

2.2 Zamawiający nie powinien był wykluczyć Odwołującego z Postępowania, ponieważ Odwołujący w terminie przedstawił Zamawiającemu zaświadczenia stwierdzające, że członkowie zarządu Odwołującego nie byli skazani za przestępstwa, w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt. 8 i 11 Pzp. w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu.

2.3 Odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego na tej podstawie, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenia o niekaralności nie zostały wydane przez Disclosure Scotland w sytuacji, gdy w Wielkiej Brytanii inne organy administracji mogą wydawać zaświadczenia o takim samym lub szerszym zakresie, a Odwołujący takie zaświadczenia o niekaralności przedstawił Zamawiającemu, było całkowicie nieuzasadnione.

3. UZASADNIENIE

Wprowadzenie

3.1 Poniżej przedstawiono argumenty przemawiające za tym, że:

3.1.1 zaświadczenia o niekaralności wydane przez ACRO przedstawione przez Odwołującego Zamawiającemu potwierdzają, że członkowie zarządu Odwołującego nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp. co najmniej w takim samym stopniu jak zaświadczenia wydane przez Disclosure Scotland, przedstawienia których wprost domagał się Zamawiający (punkty 3.4 - 3.19 poniżej);

3.1.2 Zamawiający nie był uprawniony do żądania od Odwołującego wyłącznie przedstawienia zaświadczenia o niekaralności wydanych przez Disclosure Scotland, bo zaświadczenia z Disclosure Scotland nie są jedynymi zaświadczeniami wydawanymi na terytorium Wielkiej Brytanii potwierdzającymi spełnienie warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp. (punkty 3.21 - 3.25 poniżej);

3.1.3 zaświadczenia o niekaralności wydane przez ACRO przedstawione przez Odwołującego Zamawiającemu potwierdzają spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp. w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert w Postępowaniu (punkty 3.27 - 3.30 poniżej).

7

Sygn. akt KIO 2684/15

Ekwiwalentność zaświadczeń wydawanych przez ACRO i Disclosure Scotland

3.2 W tej części pisma zostanie wykazane, że zaświadczenia o niekaralności wydane przez ACRO przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego stanowią odpowiednik zaświadczeń o niekaralności wydanych przez Disclosure Scotland, które uznawane są przez KIO za potwierdzające niekaralność w zakresie przestępstw wymienionych w art. 24 Pzp.

3.3 Na mocy 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 ("Rozporządzenie"), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego ("KRK") zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz 11 Pzp., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału y/ postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert (por. § 3 ust.1 Rozporządzenia). Przy tym, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tych dokumentów, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 8 oraz 11 Pzp.

3.4 KIO w szeregu wyroków uznała Disclosure Scotland, agencję wykonawczą Rządu Szkocji, za właściwą instytucję do wydawania zaświadczeń potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków, o których mowa w art. 24 Pzp.

3.5 W wyroku z dnia 22 stycznia 2015 (sygn. KIO 2821/14) KIO zwróciła uwagę, że "skoro Disclosure Scotland wystawiając podstawowe zaświadczenie o niekaralności w odniesieniu do osoby fizycznej, które to zaświadczenie zawiera wszystkie niezatarte skazania, to należy przyjąć, iż jest ono zbieżne z informacją zawartą w polskim KRK, gdyż w przypadku zaświadczenia uzyskanego z KRK, rejestr wystawiający zaświadczenie, poprzez stwierdzenie "nie figuruje" potwierdza, iż dana osoba w

żadnym z możliwych rodzajów przestępstw, nie jest skazana".

3.6 Pogląd ten KIO potwierdziła w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. KIO 1822/15) KIO - nie ulega wątpliwości (...) 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

3.7 W wyroku z dnia 30 marca 2015 r. (sygn. KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO 476/15) KIO zauważyła, że "zaświadczenie o niekaralności dotyczące skazań przestępstwa wymienione w art. 45(1) dyrektywy klasycznej jest wydawane w zakresie skazań niezatartych przez Disclosure Scotland i może być wydane także na wniosek osoby fizycznej.

8

Sygn. akt KIO 2684/15

3.8 W żadnym z dotychczasowych orzeczeń KIO nie wyraziła jednak poglądu, że zaświadczenia z Disclosure Scotland są jedynymi zaświadczeniami wydawanymi na terytorium Wielkiej Brytanii, które mogą być uznane za potwierdzające niekaralność w zakresie przestępstw wymienionych w art. 24 Pzp.

3.9 Poniżej wykazujemy, że poza Disclosure Scotland istnieje jeszcze co najmniej jeden organ uprawniony do wydawania zaświadczeń o niekaralności w Wielkiej Brytanii. Organem tym jest ACRO. Zakres zaświadczeń wydawanych przez ACRO jest tożsamy, a nawet szerszy (co wykazujemy w punktach 3.15 - 3.17 poniżej) niż zakres zaświadczeń wydawanych przez Disclosure Scotland. To z kolei prowadzi do wniosku, że w świetle powołanego w punktach 3.4 — 3.6 powyżej orzecznictwa Izby, zakres zaświadczeń

wydawanych przez ACRO obejmuje okoliczności, o których mowa w art. 24 Pzp. i stanowi potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków do udziału w Postępowaniu, o których mowa w tym artykule. Tym samym zaświadczenia wydawane przez ACRO — Biuro Rejestru Karnego Rady Szeffów Policji Narodowej - należy zaliczyć do zaświadczeń o niekaralności tożsamy z zaświadczeniami wydawanymi przez Disclosure Scotland.

3.10 ACRO jest organem utworzonej w 1 kwietnia 2015 r. Rady Szeffów Policji Narodowej powołanym do zarządzania informacją kryminalną i poprawy wymiany informacji kryminalnej na terenie Wielkiej Brytanii. Do kompetencji ACRO należy m. in. wydawanie zaświadczeń o niekaralności na wniosek osób, których dane przetwarzane przez instytucję publiczną (w tym wypadku ACRO) dotyczą. Zaświadczenia te są wydawane w procedurze zwanej "Subject Access" na podstawie przepisów Ustawy o ochronie danych z 1998 r. (Data Protection Act 1998), która obowiązuje na całym terytorium Wielkiej Brytanii.

Zgodnie z art. 7 brytyjskiej Ustawy o ochronie danych z 1998 r., każdy ma prawo otrzymać od administratora danych informacje o przetwarzanych danych wnioskodawcy i celu, dla którego te dane są przetwarzane. Biuro Rejestru Karnego Rady Szeffa Policji Narodowej przetwarza dane dotyczące osób zamieszkujących w Wielkiej Brytanii.

Jak z tego wynika, zaświadczenie ACRO uzyskać może zarówno obywatel brytyjski, jak i osoba innej narodowości, o ile mieszka lub mieszkała w Wielkiej Brytanii. Odnosząc te uwagi do stanu faktycznego niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że Panowie J.R., S.H. oraz T.C., jako osoby na stałe zamieszkujące i pracujące w Londynie, miały prawo uzyskać zaświadczenie o niekaralności z ACRO, a ACRO miało obowiązek takie zaświadczenia im wydać.

Przepisy prawa angielskiego nie nakazują (ani nie zakazują) uzyskania w takiej sytuacji zaświadczenia z Disclosure Scotland, a wybór organu, który wyda zaświadczenie o niekaralności należy wyłącznie do wnioskodawcy.

Zarówno zaświadczenie o niekaralności wydane przez ACRO, jak i zaświadczenie o niekaralności wydane przez Disclosure Scotland wydawane są po sprawdzeniu przez organ

Sygn. akt KIO 2684/15

wydający zaświadczenie tej samej bazy danych, Narodowego Komputera Policji (Police National Computer) zwanego dalej "PNC". Oznacza to, że oba rodzaje zaświadczeń wydawane są na podstawie informacji pochodzących z tej samej bazy danych.

3.15 PNC jest bazą danych brytyjskiej policji o wyrokach skazujących za popełnione przestępstwa, jak i podejrzeniach ich popełnienia, a także o innych dotyczących wnioskodawcy. W bazie danych PNC ujawniane są m. in. informacje o okolicznościach warunkowego umorzenia wykonania kary, o kuratorach danej osoby, o listach gończych wydanych w stosunku do danej osoby, o postępowaniach prowadzonych w stosunku do danej osoby, ostrzeżeniach, przestępstwach i wykroczeniach związanych z prowadzeniem pojazdów w stanie nietrzeźwości oraz o wszystkich wyrokach, w tym również wyrokach zatartych.

3.16 Zarówno Disclosure Scotland, jak i ACRO mają wiedzę na temat wnioskodawcy z tego samego źródła. Nie oznacza to jednak, że obie te instytucje mają dostęp do wszystkich informacji zapisanych w PNC. W Wielkiej Brytanii jedynie jednostki policji (a zatem i ACRO), mają pełen dostęp do wszystkich danych gromadzonych w PNC. Disclosure Scotland ma natomiast ograniczony dostęp do danych zapisanych w PNC.

3.17 Disclosure Scotland wydaje zaświadczenia o różnym zakresie informacji. Wersja podstawowa zaświadczenia z Disclosure Scotland, tzw. "basic Disclosure1", obejmuje tylko niezatarte wyroki skazujące. Oprócz wersji podstawowej, możliwe jest uzyskanie zaświadczenia o niekaralności z Disclosure Scotland w wersji standardowej (Standard) oraz w kilku wersjach rozszerzonych (enhanced, enhanced scheme with lists check, PVG scheme redord, PVG short scheme membership statement). KIO w swoim orzecznictwie, w tym m. in. w cytowanym już wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. KIO 1822/15) uznała zaświadczenie "basic disclosure" za zaświadczenie potwierdzające niekaralność w Wielkiej Brytanii.

3.18 Zaświadczenia o niekaralności wydawane przez ACRO w trybie "Subject Access" wydawane są tylko w jednej wersji, która nie obejmuje żadnych wyłączeń od podawania w zaświadczeniu ACRO danych, które widnieją w bazie danych PNC. Co za tym idzie, na wniosek podmiotu uprawnionego do żądania informacji z bazy danych PNC,

ACRO musi udzielić wszystkich informacji zgromadzonych o wnioskodawcy w PNC, w tym także informacji o zatartych wyrokach skazujących dotyczących wnioskodawcy. Jak z tego wynika, zaświadczenie ACRO ma zakres szerszy niż zaświadczenie "basie disclosure" wydawane przez Disclosure Scotland.

Skoro więc zaświadczenie typu "basie disclosure" wydawane przez Disclosure Scotland uznawane jest przez KIO za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 Pzp., to tym bardziej warunki takie spełnia zaświadczenie z ACRO,

10

Sygn. akt KIO 2684/15

które - jak wykazano powyżej - wydawane jest na podstawie sprawdzenia tej samej bazy danych, PNC, oraz ujawnia szerszy zakres historii kryminalnej wnioskodawcy niż zaświadczenie uzyskane w Disclosure Scotland. Przy tym należy zwrócić uwagę, że KIO w swoim dotychczasowym orzecznictwie nie analizowała różnic pomiędzy zaświadczeniami wydawanymi przez Disclosure Scotland, a zaświadczeniami wydawanymi przez ACRO (czy, przed 1 kwietnia 2015 r., ACPO), co będzie miała okazję uczynić dopiero rozpatrując niniejszą sprawę.

Nieprawidłowe wykonanie przez Zamawiającego wezwania do przedstawienia dokumentów i w tej części pisma zostanie wykazane, że przedstawiając Zamawiającemu zaświadczenia z ACRO, Odwołujący spełnił obowiązek przedstawienia zaświadczeń o niekaralności członków zarządu nałożony na niego przez Zamawiającego w wykonaniu dyspozycji wyroku KIO z 14 września 2015 r.

W wyroku z 14 września 2015 r. KIO nie nakazała Zamawiającemu, żeby w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. wezwał Odwołującego do uzupełnienia konkretnego, wskazanego z nazwy zaświadczenia, potwierdzającego, że członkowie zarządu Odwołującego nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz 11 ustawy Pzp. W sentencji wyroku KIO orzekła jedynie, że Zamawiający jest zobowiązany zażądać od Odwołującego "złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy". Oznacza to, że Odwołujący, uzupełniając w dniu 27 października 2015 r. dokumenty na wezwanie Zamawiającego, mógł, zgodnie z wyrokiem KIO z 14 września 2015 r., przedstawić jakiegokolwiek oświadczenie potwierdzające okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz 11 ustawy Pzp. Zamawiający powinien był zatem zaakceptować zaświadczenia z ACRO, skoro nałożony na niego przez KIO na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. obowiązek dotyczył nieokreślonych z nazwy zaświadczeń o niekaralności odnoszących się do członków zarządu Odwołującego. W świetle orzeczenia KIO z 14 września 2014 r. Odwołujący był uprawniony do uzyskania w Wielkiej Brytanii zaświadczeń innych niż z Disclosure Scotland, o ile potwierdzałyby one, że członkowie zarządu Odwołującego nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz 11 ustawy Pzp. Jak wykazano powyżej, Odwołujący takie zaświadczenia pozyskał i przedstawił Zamawiającemu.

3.22 Jedynie w uzasadnieniu cytowanego wyroku KIO wskazała, że "w świetle przedłożonych przez wykonawcę MGGP dokumentów, w tym przykładowych zaświadczeń wystawionych przez Disclosure Scotland stwierdzić należy, iż odpowiednikiem polskiego KRK jest zaświadczenie z Disclosure Scotland". KIO nie stwierdziła jednak, że jest to jedyny odpowiednik polskiego KRK znany brytyjskiemu systemowi prawnemu. Wyłącznie we fragmencie uzasadnienia, gdzie KIO cytowała odwołanie jednego z wykonawców, MGGP S.A., KIO przytacza tezę (nieprawdziwą) tego wykonawcy, że Disclosure Scotland jest

11

Sygn. akt KIO 2684/15

"jedyną organizacją, która udostępnia informacje na podstawowym poziomie dla całego Zjednoczonego Królestwa", choć i w tym fragmencie uzasadnienia KIO nie przesądza, że nie ma innych organizacji, które mogłyby wydawać zaświadczenia o niekaralności odpowiadające swoim zakresem zaświadczeniom o niekaralności wymaganych przez art. 24 Pzp. (a ACRO, jak wykazano powyżej, jest taką organizacją).

3.23 Fakt, że Zamawiający błędnie zinterpretował zobowiązanie nałożone na niego przez KIO, potwierdza również dobór orzeczeń cytowanych przez Zamawiającego w wezwaniu z

dnia 22 października 2015 r. Powołując się na orzeczenia cytowane w punktach 3.6 i 3.7 powyżej, Zamawiający stwierdził, że jedynie zaświadczenie wydane przez Disclosure Scotland, może być uznane za odpowiednik zaświadczenia z KRK, choć z cytowanych przez Zamawiającego orzeczeń nie można wysnuć takiego wniosku.

3.24 Niemniej jednak, nawet gdyby interpretować przytoczoną część uzasadnienia w ten sposób, że KIO uznaje zaświadczenia z Disclosure Scotland za jedyny odpowiednik zaświadczeń z polskiego KRK (choć należy wskazać, że byłaby to interpretacja nieprawidłowa, nieuzasadniona i nieodpowiadająca orzecznictwu KIO), to należy podkreślić, że Zamawiający nie jest związany treścią uzasadnienia, lecz treścią sentencji wyroku KIO. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO czynność, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp., a którą zamawiający ma wykonać zgodnie z treścią wyroku KIO w przypadku uwzględnienia odwołania, powinna być wskazana w treści sentencji wyroku, a nie w jego uzasadnieniu (tak m. in. wyrok KIO z 29 marca 2011 r., sygn. KIÓJ 578/11 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. XII Ga 108/15 w którym Sąd Okręgowy stwierdził, że: "rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego może nastąpić tylko w sentencji wyroku, a nie w uzasadnieniu").

3.25 Tymczasem, sentencja wyroku KIO z 14 września 2011 r. w punkcie 3 tiret 1 nakazuje "wezwanie wykonawcy Halcrow Group Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, prowadzącego działalność w Polsce przez Halcrow Group sp. z o. o. Oddział w Polsce,, ul.

Wspólna 47149, 00-684 Warszawa, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym, w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, tj. złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy." Z przytoczonego fragmentu sentencji nie wynika, że KIO wymagała przedstawienia przez Odwołującego konkretnych, wskazanych z nazwy zaświadczeń. KIO odnosi się ogólnie do "zaświadczeń". Zamawiający nie był zatem uprawniony, żeby odmówić przyjęcia przedstawionych przez Odwołującego ekwiwalentnych zaświadczeń z ACRO. Potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert

Sygn. akt KIO 2684/15

3.26 W tej części pisma odwołujący wykazuje, że dla oceny, czy Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu wskazane w art. 24 Pzp. nie ma znaczenia data wystawienia zaświadczenia, które potwierdza spełnienie tych warunków, o ile z treści zaświadczenia wynika, że warunki te były spełnione najpóźniej w dniu, w którym upływał termin do składania ofert.

3.27 Choć okoliczność ta nie stanowiła podstawy wykluczenia Odwołującego z Postępowania, z ostrożności procesowej wskazał, że dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu nie ma znaczenia fakt, że zaświadczenia z ACRO dla członków zarządu Odwołującego zostały wydane 16 października 2015 r. a więc po dniu, w którym upłynął termin do składania ofert. Jak wskazuje w swoim orzecznictwie KIO, to nie data podana na zaświadczeniu przesądza o tym, kiedy okoliczności wynikające z zaświadczenia mogą być uważane za spełnione, lecz treść danego zaświadczenia interpretowana w świetle przepisów, które wydawanie takiego zaświadczenia regulują. A zatem, treść oświadczeń ACPO i ACRO powinna być interpretowana w świetle przepisów prawa brytyjskiego.

3.28 W wyroku z 17 stycznia 2013 r. (KIO 2939/12, KIO 2942/12) KIO wskazało, że pogląd, iż data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu jest już dobrze ugruntowany w dotychczasowym orzecznictwie. W orzeczeniu tym KIO potwierdziła swoją wcześniejszą linię orzecniczą, że fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert.

3.29 W wyroku z dnia 4 listopada 2014 r. (KIO 2203/14) KIO wskazała, że data wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Zdaniem KIO, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. jednoznacznie wskazuje na potwierdzenie stanu

faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu do składania ofert, a nie na potwierdzenie istnienia dokumentu z datą jego wystawienia nie późniejszą niż dzień upływu terminu składania ofert. W przytaczanej sprawie wykonawca przedłożył zaświadczenie z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych z 26 kwietnia 2013 r., stwierdzające że w dniu wydania zaświadczenia zamawiający, jako osoba prawna, nie figuruje w przedmiotowym rejestrze. Termin składania ofert upłynął przed datą wydania zaświadczenia, tak więc z samej treści zaświadczenia nie wynikało wprost, że wykonawca nie był karany również w dniu składania ofert. Wykonawca wyjaśnił, a KIO do tego stanowiska się przychyliło, że treść zaświadczeń należy interpretować w kontekście prawa państwa, które takie zaświadczenia wydaje. Wykonawca wyjaśnił, że w Hiszpanii osoby prawne mogą być karane jedynie za przestępstwa popełnione po dniu 23 grudnia 2010 r., a

13

Sygn. akt KIO 2684/15

minimalny termin po upływie którego możliwe jest zatarcie skazania i wykreślenie stosownego wpisu z rejestru skazanych w przypadku przestępstw popełnionych przez osoby prawne wynosi 5 lat od odbycia kary i naprawienia szkód związanych z popełnionym przestępstwem. Tym samym skazania, do jakich doszło po 23 grudnia 2010 r., nie miały szansy na wykreślenie z rejestru przed końcem 2015 r. Wobec tego KIO uznała, że skoro określona osoba prawna nie figuruje w rejestrze skazanych, to tym samym nigdy wcześniej nie była karana (kara orzeczona w stosunku do niej nie uległaby bowiem zatarcu przed rokiem 2015). Na kanwie tego stanu faktycznego, KIO stwierdziła, iż "analiza sytemu prawnego, w którym przedłożone przez odwołującego zaświadczenie zostało wystawione (...) w ocenie Izby jest niezbędna w przypadku dokumentów wystawionych dla podmiotów zagranicznych".

3.30 Podobną analizę w odniesieniu do brytyjskiego systemu prawnego Zamawiający powinien był przeprowadzić w Postępowaniu. Analiza taka doprowadziłaby Zamawiającego do stwierdzenia, że zaświadczenia wydane przez ACRO potwierdzają, że wobec Zamawiającego nie orzeczono kar, które uległy zatarcu, jak również kar niezatartych, co zostało wyjaśnione w punkcie 3.15 powyżej. Skoro bowiem zaświadczenia z ACRO uwzględniają informację o karach zatartych, brak jakichkolwiek informacji o karach w przedmiotowych zaświadczeniach przedstawionych przez Odwołującego oznacza, że członkowie zarządu Odwołującego mieszkający w Wielkiej Brytanii nigdy nie zostali skazani za jakiegokolwiek przestępstwo ujawnione w bazie danych PNC.

3.31 Mając świadomość tego, że cytowane w niniejszym odwołaniu wyjaśnienia dotyczące brytyjskiego stanu prawnego dostępne są jedynie w języku angielskim, w Odwołujący deklaruje gotowość przedstawienia na rozprawie przed tut. Izbą tłumaczenia wszystkich cytowanych powyżej informacji na język polski, a na żądanie Izby przedstawienia również tłumaczeń przysięgłych. Wskazując na powyższe odwołujący wnosi jak we wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

zba ustaliła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy oraz dokumentów przedstawionych przez strony i uczestnika na rozprawie Izba ustaliła.

14

Sygn. akt KIO 2684/15

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: "Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie".

Dnia 2 czerwca 2015 roku oferenci w tym odwołujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2015 r. zawiadomił wykonawców uczestniczących w

postępowaniu, że w zakresie trzeciej części zamówienia za najkorzystniejszą uznał ofertę odwołującego.

Od wyboru zamawiającego dnia 21 sierpnia 2011 r. do Prezesa Izby wpłynęły trzy odwołania następujących wykonawców: spółka MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, spółka BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz spółka Systra S.A. z siedzibą w Paryżu.

Natomiast odwołujący nie złożył w związku z wniesionymi odwołaniami przystąpienia po stronie zamawiającego jako wykonawca wybrany ani też nie złożył odwołania.

Dnia 14 września 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o Sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, w którym uwzględniła odwołania MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i Systra S.A. z siedzibą w Paryżu nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu odwołującego nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp.

Wyrokiem z dnia 14 września 2015 r. Izba wskazała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. polegający na zaniechaniu wezwania odwołującego przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu odwołującego zamieszkali na terenie Wielkiej Brytanii w osobach: Pan S.H., Pan J.R. oraz Pan T.C., nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp. Wyrokiem tym Izba nakazała zamawiającemu wezwanie odwołującego do: "uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie dokumentów potwierdzających, że członkowie zarządu wykonawcy nie zostali skazani za

15

Sygn. akt KIO 2684/15

przestępstwa w zakresie wskazanym, w art. 24 ust 1 pkt. 5-8 oraz 10-11 ustawy Pzp, to jest złożenia zaświadczeń dla członków zarządu wykonawcy". Izba w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku z dnia 14 września 2014 r. uznała zaświadczenie wydawane przez Disclosure Scotland za właściwe do potwierdzenia niekaralności członków zarządu.

Dnia 22 października 2015 r. zamawiający doręczył odwołującemu wezwanie do złożenia brakujących dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na tej podstawie, że członkowie zarządu odwołującego zamieszkali na terenie Wielkiej Brytanii i jeden członek zarządu zamieszkujący na terenie USA, nie zostali skazani za przestępstwa w zakresie wskazanym w art. 24. ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp., w nieprzekraczalnym terminie do 28 października 2015 r. W wezwaniu zamawiający wskazał ponadto, że w wyroku Izby z 14 września 2015 r. - według interpretacji zamawiającego – Izba stwierdziła, że dokumentami takimi, w odniesieniu do członków zarządu zamieszkałych na terenie Wielkiej Brytanii, są zaświadczenia wydane przez Disclosure Scotland. Ponadto, Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. przedstawione przez Odwołującego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w dniu 27 października 2015 r. przedstawiając zamawiającemu dokumenty potwierdzające niekaralność trzech członków zarządu odwołującego zamieszkałych w Wielkiej Brytanii. Odwołujący wskazał, że KIO w wyroku z 14 września 2015 r. nie zastrzegła, iż zaświadczenia wydawane przez Disclosure Scotland są jedynymi potwierdzającymi niekaralność i przekazał zamawiającemu zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu odwołującego zamieszkałych na terenie Wielkiej Brytanii wydane przez brytyjską policję. Odwołujący wskazał, że w odróżnieniu od zaświadczenia wydawanego przez Disclosure Scotland, które Izba uznała za wystarczające, policyjne zaświadczenia wydane przez Biuro Rejestru Karnego Rady Szefów Policji Narodowej (The National Police Chief s'

Council Criminal Records Office), występujące w Wielkiej Brytanii również pod skróconą nazwą ACRO (zwane dalej "ACRO") nie uwzględniają Ustawy o resocjalizacji przestępców z 1974 roku (Réhabilitation of Offenders Act 1974). Powyższe oznacza, że informacja podana w zaświadczeniu wydanym przez ACRO dotyczy wszystkich skazań (w tym również takich, które mogły ulec zatarciu).

Do odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący dołączył: zaświadczenie wydane przez ACRO potwierdzające niekaralność S.H. wraz z tłumaczeniem przysięgłym,

16

Sygn. akt KIO 2684/15

zaświadczenie wydane przez ACRO potwierdzające niekaralność J.R. wraz z tłumaczeniem przysięgłym oraz zaświadczenie wydane przez ACRO wraz z tłumaczeniem przysięgłym, potwierdzające niekaralność T.C. (w którego nagłówku, ze względu na użycie wcześniej obowiązującego papieru firmowego, widnieje nie logo ACRO, a logo Stowarzyszenia Oficerów Szefów Policji - Association of Chief Police Officers) występującego w Wielkiej Brytanii również pod skróconą nazwą ACPO.

We wszystkich trzech zaświadczeniach przedstawionych zamawiającemu przez odwołującego stwierdza się (zgodnie z brzmieniem tłumaczenia przysięgłego), że w odniesieniu do adresata zaświadczenia "krajowy policyjny rejestr karny PNC nie ma żadnych dotyczących Pana informacji"

W dniu 6 listopada 2015 r. odwołujący przedstawił zamawiającemu pismo tłumacza przysięgłego, który przetłumaczył zaświadczenia. W piśmie tym tłumacz przysięgły wyjaśniał, że użyty przez niego zwrot w zaświadczeniach przetłumaczony jako "niniejszy dokument nie stanowi zaświadczenia o niekaralności" jest błędny i powinien brzmieć "niniejszy dokument nie stanowi zaświadczenia o nieposzkalowanej opinii" (w języku angielskim: "certificate of good character").

Zamawiający pismem z dnia 30.11.2015 roku, doręczonym w dniu 1 grudnia 2015 roku po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 14 września 2015 roku w sprawach o Sygn. akt KIO 1809/15 i KIO 1823/15 i KIO 1829/15 odrzucił ofertę odwołującego

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ustaleń dokonanych powyżej jak również z samego uzasadnienia odwołania wynika, że oferta odwołującego w pierwszym wyborze zamawiającego została wybrana jako najkorzystniejsza oraz, że wybór oferty odwołującego został zaskarżony jak i, że odwołujący w pierwszym postępowaniu przed Izbą nie brał udziału w tym jako przystępujący.

Wskutek uwzględnienia przez Izbę odwołania zamawiający wezwał do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności członków zarządu zamieszkujących na terenie Wielkiej Brytanii w trybie przewidzianym w art.24 ust.1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp.

17

Sygn. akt KIO 2684/15

Odwołujący potwierdza, że w opisanym powyżej wezwaniu zamawiający wykonując Wyrok wskazał, że Izba ustaliła w uzasadnieniu wydanego wyroku za właściwe zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Disclosure Scotland - agencja wykonawcza Rządu Szkocji.

Przy czym zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie odwołujący wyjaśniał, że wezwanie zamawiającego jak i orzecznictwo wskazuje na zaświadczenia wystawiane przez Disclosure Scotland.

Odwołujący jednak podkreśla, że aktualny stan prawny wynikający z orzecznictwa nie wyklucza innych zaświadczeń poza Disclosure Scotland. W związku z tym w jego ocenie

zaświadczenia Disclosure Scotland nie są jedynymi właściwymi zaświadczenia potwierdzającymi niekaralność członków zarządu w Wielkiej Brytanii.

Niemniej odwołujący podnosi, że przesyłając właściwe według niego zaświadczenia wydane przez ACRO - Biuro Rejestru Karnego Rady Szeffów Policji Narodowej stwierdza się w nim, że "krajowy policyjny rejestr karny PNC nie ma żadnych dotyczących Pana informacji" a co oznacza także, że obejmuje ono również przestępstwa zatarte.

I tym właśnie zaświadczenia ACRO są pełniejsze a przez to bardziej odpowiednie niż zaświadczenia Disclosure Scotland.

Reasumując powyższe ustalenia to odwołujący nie zastosował się do wezwania zamawiającego co do właściwego zaświadczenia, nie zaskarżył wezwania czyli uznał je za właściwe.

Pomimo to nie zastosował się do niego przedkładając innego rodzaju zaświadczenie.

Przedłożył zaświadczenie ACRO a nie Disclosure Scotland.

Nawet gdyby przyjąć za usprawiedliwioną argumentację, że nie wiążą go ustalenia i zważenia zawarte w uzasadnieniu Wyroku to sam odwołujący przyznaje,

że w wezwaniu

zamawiający żądał zaświadczenia Disclosure Scotland a nie ACRO.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego, że wiąże go sentencja a nie wiąże go uzasadnienie.

Owszem w sentencji Wyroku stwierdza się obowiązek uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak skazania członków zarządu za przestępstwa w zakresie wskazanym w art.24 ust.1 pkt 5-8 oraz 10- 11to jest złożenia zaświadczeń.

W uzasadnieniu stwierdza się, że „Odnosnie zarzutu dotyczącego braku w ofercie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odwołujący MGGP podniósł, iż z treści oferty wykonawcy Halcrow wynika, że następujące osoby zasiadające w zarządzie Halcrow mają miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii: T.S.C., J.S.R. i S.J.H.

18

Sygn. akt KIO 2684/15

Tak więc w odniesieniu do tych osób możliwe było uzyskanie dokumentu wydawanego w Wielkiej Brytanii, potwierdzającego brak karalności w odpowiednim zakresie.

Mowa tu o podstawowym zaświadczeniu o niekaralności (Basic Disclosure) wydawanym przez Disclosure Scotland na podstawie ustawy o policji z 1997 roku (Police Act 1997).

W treści przedmiotowego zaświadczenia ujmuje się bowiem informacje o wyrokach skazujących w sprawach karnych wydanych przeciwko osobie, której wniosek dotyczy lub wzmiankę o braku ich istnienia.

Zaświadczenie z Disclosure Scotland, wydawane jest i dotyczy niezatartych skazań z obszaru całego Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii, a nie tylko ze Szkocji.

Tymczasem w zakresie potwierdzenia braku karalności członków zarządu w zakresie określonym w art. 24 ust. 5-8 i 10-11 ustawy Pzp do oferty wykonawcy Halcrow załączono jedynie oświadczenia złożone przed notariuszem.

Skoro istnieje możliwość uzyskania stosownego dokumentu w Wielkiej Brytanii, oświadczenia złożone przed notariuszem nie mogą być uznane za wystarczające”.

Z treści uzasadnienia Wyroku wynika, że Izba uznała za właściwe zaświadczenie Disclosure Scotland.

W związku z powyższym tego rodzaju ustalenie w uzasadnieniu wyroku uprawnia zamawiającego do wykluczenia odwołującego i w konsekwencji odrzucenia jego oferty w przypadku przedstawienia zaświadczenia wydanego przez inny organ czy instytucję.

Izba jako bezsporną uznała okoliczność, że wyrok nie został zaskarżony więc jest obowiązujący w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba przyjęła za okoliczność nie wymagającą dowodu okoliczność braku złożenia czy to odwołania czy to przystąpienia przez odwołującego po pierwotnym wyborze najkorzystniejszej oferty wskutek którego to wyboru oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą.

Niemniej jednak z przeprowadzonego postępowania dowodowego w niniejszej sprawie w tym z wyroku w sprawach połączonych o Sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15 i KIO 1829/15 nie wynika okoliczność złożenia odwołania ani przystąpienia przez odwołującego w sprawie pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty a co miało miejsce w dniu 11 sierpnia 2015 roku.

W przypadku udziału odwołującego w toczącym się postępowaniu odwoławczym wywołanym rozstrzygnięciem przetargu w dniu 11 sierpnia 2015 roku odwołujący mógł by przedstawić

19

Sygn. akt KIO 2684/15

argumentacją za zaświadczeniami ACRO zwalczając jako właściwe zaświadczenia wystawione przez Disclosure Scotland.

Oczywiście, nie zgłaszając się do postępowania chociażby jako przystępujący, odwołujący nie miał możliwości przedstawienia argumentacji prawnej przedstawionej w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Niemniej nie usprawiedliwia odwołującego ta okoliczność do złożenia innego rodzaju dokumentu, niż ustalony w wyroku z dnia 14 września 2015 roku.

Również jak już wyżej Izba nadmienila odwołujący nie zakwestionował także wezwania zamawiającego z dnia 22 października 2015 roku na podstawie wyżej wskazanego Wyroku, w którym zażądał ściśle określonego zaświadczenia Disclosure Scotland od odwołującego.

Pomimo jednoznacznego określenia rodzaju dokumentu, odwołujący nie zastosował się co do rodzaju dokumentu wymienionego w wezwaniu zamawiającego (Disclosure Scotland), który miał przedstawić, ponieważ przedstawił zaświadczenie ACRO uznając je za odpowiednie.

Odwołujący nie skorzystał dwukrotnie z możliwości prawem przewidzianej złożenia odwołania przedstawiając swoje stanowisko co do właściwości zaświadczenia ACRO tym bardziej, że w ofercie złożył oświadczenie notarialne o niekaralności członków zarządu.

W związku z powyższym dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania Izba uznaje przedstawioną argumentację w odwołaniu za bezprzedmiotową i spóźnioną co do możliwości stosowania zaświadczenia ACRO jako właściwego w miejsce Disclosure Scotland („3.2W tej części pisma zostanie wykazane, że zaświadczenia o niekaralności wydane przez ACRO przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego stanowią odpowiednik zaświadczeń o niekaralności wydanych przez Disclosure Scotland, które uznawane są przez KIO za potwierdzające niekaralność w zakresie przestępstw wymienionych w art. 24 Pzp.”). W związku z tym przedstawiona w tym zakresie argumentacja odwołania nie została uwzględniona przy rozstrzygnięciu przedmiotowego odwołania jako bezprzedmiotowa.

Reasumując z powyższych względów Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do nie wiążącego charakteru treści uzasadnienia wyroku w związku z nie określeniem rodzaju zaświadczenia w sentencji wyroku.

Zawiadomienie z dnia 30 listopada 2015 r. zamawiającego doręczone odwołującemu w dniu 1 grudnia 2015 roku, którym wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24

20

Sygn. akt KIO 2684/15

ust. 1 pkt 8 i 11 Pzp, powołując się na wyrok KIO z 14 września 2015 r. w ocenie Izby jest usprawiedliwione w zaistniałych okolicznościach sprawy.

W związku z powyższym odwołujący nie wykazał podnoszonego w odwołaniu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Także nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. poprzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, pomimo że odwołujący według argumentacji odwołania

nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Również nie zasługują na uwzględnienie żądania odwołania na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego kwotę 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: