

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Motorola Solutions Germany GmbH z siedzibą w Idstein, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ENEA Operator sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Airbus Defence & Space Oy z siedzibą w Helsinkach, Radmor S.A. z siedzibą w Gdyni,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie, IP Connect sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, Morocco Radio Telecom SA („Moratel”), N_90 Zone Industrielle Mohammedia – Quest – Maroc, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. Unieważnienie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 1.2. Wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Maxto sp. z o.o. S.K.A., IP Connect sp. z o.o. i Morocco Radio Telecom SA („Moratel”),
 - 1.3. Ponowną ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niepodlegających wykluczeniu,

1

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego 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.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

ENEA Operator sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i wdrożenie systemu w standardzie TETRA” (znak sprawy RPUZ/P/2061/2015/BT), zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 listopada 2015 r. pod numerem 2015/S 218-398687.

W dniu 22 marca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o ocenie złożonych przez nich wniosków.

W dniu 1 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o., Motorola Solutions Germany GmbH (dalej: „Odwołujący”), w którym stwierdzono, że dokonując czynności badania i oceny wniosków złożonych w Postępowaniu Zamawiający naruszył:

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Orange Polska S.A., Integrated Solutions sp. z o.o., Airbus Defence & Space Oy i Radmor S.A. (dalej: „Konsorcjum O”) do złożenia prawidłowych dokumentów potwierdzających brak likwidacji oraz brak zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne dla wykonawcy Airbus Defence & Space Oy,
2. art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Maxto sp. z o.o. S.K.A., IP Connect sp. z o.o. i Morocco Radio Telecom SA („Moratel”), zwanych dalej „Konsorcjum M”), w związku z faktem, że nie przedstawili zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania A.I. – Prezesa Zarządu członka konsorcjum, tj. spółki Moratel dotyczącego jego niekaralności lub zastępczo odpowiedniego oświadczenia zgodnie z § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

3

w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, pomimo uprzedniego skierowania do nich wezwania do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w tym zakresie,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Hytera Mobilfunk GmbH („Wykonawca H”) nie tylko z powodów wskazanych w informacji o wynikach oceny wniosków z 22 marca 2016 r., ale także z powodu złożenia niezgodnych z obowiązującymi przepisami dokumentów dotyczących braku zaległości w płatności składek na rzecz ubezpieczyciela Techniker Krankenkasse,
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez brak zachowania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu dokonania wskazanych powyżej, prawidłowych, czynności związanych z oceną wniosków w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie oceny wniosków złożonych w Postępowaniu,
2. dokonania ponownej oceny wniosków złożonych przez Konsorcjum O, i H, a w Konsorcjum M Wykonawcę ramach ponownej oceny, wezwania Konsorcjum O do złożenia dokumentów w zakresie wskazanym szczegółowo powyżej w pkt 1 oraz wykluczenie Konsorcjum M i Wykonawcy H z powodów wskazanych powyżej w pkt 2 i 3,

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności na okoliczność wadliwości oceny wniosków złożonych w Postępowaniu oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przepisanych oraz na podstawie faktury VAT.

Odwołujący podkreślił, że przysługuje środek ochrony prawnej, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp interes

jako Odwołującego, zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku na skutek konieczności konkutowania na kolejnym etapie Postępowania z wykonawcami, którzy nie potwierdzili spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że w świetle informacji o ocenie wniosków Zamawiający postanowił zaprosić do złożenia ofert Konsorcjum O, Konsorcjum M, Teltronic S.A.U. i Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, postanowił wykluczyć z Postępowania Wykonawcę H ze względu na niewykazanie przez ten

4

podmiot, że osoby wskazane na stanowisko Kierownika Projektu ukończyły studia o kierunku technicznym prowadzone przez jednostkę szkolnictwa wyższego i uzyskały wykształcenie wyższe I lub II stopnia (lub równorzędne, zgodnie z systemem uznawania wykształcenia).

Nieprawidłowa ocena wniosku Konsorcjum O

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie, iż wobec członka konsorcjum – spółki Airbus Defence & Space Oy nie zaistniały obligatoryjne podstawy wykluczenia z Postępowania, Konsorcjum O złożyło m.in. dwa dokumenty autorstwa T.H.T.V. z podpisem notarialnie poświadczonym. Pierwszy z nich to dokument z podpisem notarialnie poświadczonym z dnia 27 listopada 2015 r. (Rep. A numer 7785/2015) stwierdzający, że (1) nie otwarto likwidacji spółki Airbus Defence & Space Oy, ani nie ogłoszono jej upadłości, (2) spółka ta nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat i składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, oraz że (3) nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie. Natomiast drugi z nich to dokument z podpisem notarialnie poświadczonym z dnia 27 listopada 2015 r. (Rep. A numer 7782/2015) stwierdzający, że zaświadczenie wydane przez Finnish Tax Administration w dniu 16 listopada 2015 r. obejmuje swoim zakresem także płatności składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

W ocenie Odwołującego wspomniane powyżej dokumenty z podpisami notarialnie poświadczonymi nie mogły być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę w toku oceny wniosku Konsorcjum O. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 3 Rozporządzenia, 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 § 4 ust. 1 Rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ten wyraźnie wskazuje, iż w przypadku braku urzędowych dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w § 4 ust. 1 Rozporządzenia, możliwe jest złożenie oświadczenia przed notariuszem.

Odwołujący podał, że wykładni zwrotu „oświadczenie złożone przed notariuszem” dokonał Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu postanowienia z 10 listopada 2006 r., sygn. akt I CSK 228/06, stwierdził, że złożenie oświadczenia „przed notariuszem” oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności. W konsekwencji wola składającego oświadczenie musi zostać uzewnętrzniona w obecności notariusza i utrwalona w postaci aktu notarialnego. Nie stanowi takiego uzewnętrznienia np. sporządzenie przez spadkobiercę pisma zawierającego treść jego oświadczenia co do spadku i jedynie złożenie

5

na nim podpisu w obecności notariusza. W takiej sytuacji notariusz poświadcza jedynie własnoręczność podpisu złożonego w jego obecności przez oznaczoną osobę i nie ma przy tym obowiązku zapoznawania się z treścią oświadczenia, jakie zawarte zostało w treści pisma. Oznacza to, że zwrot „przed notariuszem” wymaga, po pierwsze, złożenia oświadczenia woli bezpośrednio przed notariuszem, po drugie – zapoznania się notariusza z oświadczeniem woli. Jak wskazał Sąd Najwyższy czynność przed notariuszem nie może niewątpliwie oznaczać zwykłego poświadczenia podpisu.

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że omawiany przepis Rozporządzenia wymaga zachowania formy aktu notarialnego opisanej w art. 91 ustawy z dnia 14 lutego 1991 roku – Prawo o notariacie (dalej: „Ustawa”).

Odwołujący podkreślił, że formę oświadczenia składanego przed notariuszem należy wyraźnie odróżnić od poświadczenia autentyczności podpisu dokonywanego na podstawie

art. 96 pkt 1 Ustawy. Jest to w świetle jej przepisów czynność zupełnie inna niż udokumentowanie oświadczenia złożonego przed notariuszem w formie aktu notarialnego. W konsekwencji należy uznać, iż dokumenty autorstwa T.H.T.V. z podpisem notarialnie poświadczonym nie wypełniają wymogów Rozporządzenia. Są to bowiem jedynie dokumenty potwierdzające autentyczność podpisu osoby je podpisującej, a nie oświadczenie złożone przed notariuszem (w formie aktu notarialnego).

Okoliczność, że są to dokumenty z podpisem notarialnie poświadczonym potwierdza jednoznacznie ich preambuła o treści „[...]Poświadczam, że dnia 27.11.2015 r. przede mną P.K., notariuszem w Warszawie, prowadzącym Kancelarię Notarialną w Warszawie przy ulicy Bonifraterskiej nr 8 lokal 99, w siedzibie tej Kancelarii, podpis na 1 (pierwszej) stronie dokumentu złożył własnoręcznie Pan T.H.T.V.[...]”.

W ocenie Odwołującego dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem, że w sprawie mamy do czynienia jedynie z poświadczeniem notarialnym podpisu jest fakt, iż od tego poświadczenia pobrano takse notarialną w kwocie 20,00 zł za poświadczenie własnoręczności podpisu albo odcisku palca osoby niepiśmiennej lub niemogącej pisać na pełnomocnictwach i innych dokumentach, tj. zgodną z § 13 pkt 1 lit b) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że w ww. dokumentach nie określono także osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy, a zatem również z tego powodu są one niezgodne z Rozporządzeniem. Oznacza to, że złożone przez Konsorcjum O dokumenty nie powinny zostać zaakceptowane, a Zamawiający powinien wezwać je do złożenia dokumentów w pełni zgodnych z Rozporządzeniem, potwierdzających brak likwidacji i brak

6

zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wykonawcy Airbus Defence & Space Oy.

Nieprawidłowa ocena wniosku Konsorcjum M

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum M nie załączyło do wniosku dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia spółki Moratel (zgodnie z wymogiem pkt III.2.1. pkt 3 lit. e) Ogłoszenia), które należało złożyć w odniesieniu do wszystkich członków konsorcjum z osobna. Fakt ten został co prawda zauważony przez Zamawiającego, o czym świadczy treść wezwania do wyjaśnień i uzupełnień skierowanego do lidera Konsorcjum M w dniu 4 lutego 2016 r. (str. 6 dokumentu). Jednakże pomimo ww. wezwania wykonawca ten nie uzupełnił zaświadczenia lub oświadczenia dotyczącego braku karalności A.I., a mimo tego uchybienia Konsorcjum M nie zostało wykluczone z Postępowania.

W złożonych Zamawiającemu w dniu 25 lutego 2016 r. wyjaśnieniach Konsorcjum M przedstawiło jedynie niczym niepotwierdzone twierdzenie, że A.I. nie pełni funkcji zarządczych w spółce Moratel, tym niemniej nie złożyło na tą okoliczność żadnych dowodów. Konsorcjum M w przedmiotowym zakresie ograniczyło się do zaledwie kilku zdań wyjaśnienia o bardzo ogólnym, lakonicznym charakterze. Nie sposób bowiem za przekonujące uznać przeciw twierdzenia, jakoby z faktu że system prawa handlowego Królestwa Maroka jest „zbliżony” do prawa francuskiego wywodzić należy, że A.I. nie pełni funkcji zarządczych w spółce Moratel. Podkreślenia wymaga, że kwestię tą Konsorcjum M zobowiązane było wyczerpująco wyjaśnić, czego jednak zaniechano.

Odwołujący stwierdził również, że przywołane przez Konsorcjum M orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2709/14, KIO 2717/14, KIO 2720/24, KIO 2723/14 dotyczyło spółki prawa francuskiego (a zatem nie marokańskiej), a także podmiotu o zupełnie innej strukturze. Nie sposób uznać je za adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Co więcej, twierdzeniu Konsorcjum M jakoby A.I. nie pełnił funkcji zarządczej w spółce Moratel w sposób istotny przeczą złożone przez niego dokumenty. Po pierwsze, z deklaracji o rejestracji w rejestrze handlowym jednoznacznie wynika, że ww. występuje w zarządzie w roli prezesa, a zatem roli najistotniejszej i decyzyjnej w spółce. Po drugie, co nawet ważniejsze, z protokołu zarządu z dnia 4 kwietnia 2014 r. wynika, że pełni on w ramach swojej funkcji, czynności typowo zarządcze. Zgodnie z tym dokumentem nie tylko przewodniczył posiedzeniu zarządu, ale jego udział był konieczny do podjęcia wiążących decyzji. Należy zwrócić szczególną uwagę na fragment protokołu, w którym wskazano, że „[...]Prezes stwierdza, że z listy obecności wynika, iż ponad połowa członków zarządu jest

kworum, ten może zgodnie z przepisami statutowymi obradować skutecznie[...]. Oznacza to tym samym, że bez udziału tej osoby nie zostałyby osiągnięte kworum, a zatem zarząd nie mógłby skutecznie podjąć żadnych decyzji. Skoro wymagane przepisami statutowymi (których skądinąd Konsorcjum M nie przedstawiło), kworum zostaje osiągnięte jeżeli ponad połowa członków jest obecna, to żadnych wątpliwości nie budzi, że zarówno A.I., jak i B.C. są osobami, których obecność jest konieczna do decydowania o sprawach spółki. Tym samym należy wskazać, że treść wspomnianego protokołu jednoznacznie przeczy głosownym twierdzeniom Konsorcjum M i uzasadnia wniosek o wykluczenie go z Postępowania.

Nieprawidłowa ocena wniosku Wykonawcy H

Odwołujący podał, że w dniu 4 lutego 2016 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy H wezwanie do wyjaśnienia złożonej dokumentacji oraz jej uzupełnienia.

W pkt 2 (str. 4), Zamawiający wezwał Wykonawcę H do wyjaśnienia załączonych dokumentów przez wskazanie czy wykonawca odprowadza składki na ubezpieczenie społeczne do następujących instytucji: Techniker Krankenkasse (Kasa Chorych) i VGB (podmiot ustawowego ubezpieczenia wypadkowego). Jednocześnie, w przypadku iż spółka odprowadza składki również do instytucji, wyjaśnienia, powyższych do złożenia przez te podmioty, Zamawiający wezwał zaświadczeń wystawionych potwierdzających, iż na dzień złożenia wniosku składki te były należycie opłacone.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca H potwierdził, że odprowadza składki do Techniker Krankenkasse i załączył zaświadczenie z dnia 10 lutego 2016 r. stwierdzające, iż na jego koncie składkowym nie ma obecnie (tj. dnia 10 lutego 2016 r.) żadnych zaległości składkowych. Dokument ten oczywiście nie potwierdza stanu płatności składek na dzień składania wniosku w Postępowaniu, co w sposób wyraźny było wymagane w treści wezwania. Oznacza to, że w ww. zakresie Wykonawca H nie wykonał prawidłowo wezwania Zamawiającego z 4 lutego 2016 r. w części dotyczącej płatności składek na rzecz na Techniker Krankenkasse. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W związku z powyższym uchybieniem Wykonawca H powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie tylko z powodów wskazanych w Informacji o wynikach oceny wniosków z 22 marca 2016 r., ale także z powodu złożenia

niezgodnych z obowiązującymi przepisami dokumentów dotyczących brak zaległości w płatności składek na rzecz ubezpieczyciela Techniker Krankenkasse. Dokumenty te nie potwierdzają bowiem braku zaległości na dzień składania wniosków w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego, ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie

z następujących względów.

Nieprawidłowa ocena wniosku Konsorcjum O

Zamawiający podkreślił, że wbrew zarzutom Odwołującego zakwestionowane przez niego oświadczenia nie są jedynymi dokumentami potwierdzającymi brak likwidacji oraz brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, jakie załączone zostały do wniosku.

Wyjaśnił, że Konsorcjum O przedstawiło również:

1. dokument urzędowy „Certyfikat ważności” z dnia 27 listopada 2015 r. potwierdzający brak jakichkolwiek niuregulowanych „należnych opłat” przez Airbus Defence & Space Oy (czyli też składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne) [s. 330-331 wniosku],
2. dokument urzędowy „Zaświadczenie o opłacaniu podatków” z dnia 16 listopada 2015 r. potwierdzający, że Airbus Defence & Space Oy „[...]nie zalega z podatkami ani innymi opłatami przypominającymi podatki[...]” (czyli też ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne) [s. 333-339 wniosku],
3. dokument urzędowy „Zaświadczenie z rejestru upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstw” z dnia 24 listopada 2015 r., zgodnie z którym wobec

9

Airbus Defence & Space Oy żadne tego typu postępowanie nie zostało wszczęte przed żadnym sądem w Finlandii [s. 341-347 wniosku],

4. dokument urzędowy „wypis z Rejestru Karnego” z dnia 17 listopada 2015 r. potwierdzający „brak karalności” Airbus Defence & Space Oy, czyli brak zakazu ubiegania się o zamówienie [s. 359-365 wniosku].

W obliczu tych dokumentów Zamawiający stwierdził, że oświadczenia z podpisami notarialnie poświadczonymi z dnia 27 listopada 2015 r. (rep. A nr 7785/2015 oraz rep. A nr 7782/2015) stanowiły potwierdzenie okoliczności, które w sposób niebudzący wątpliwości wynikały z ww. dokumentów urzędowych wydanych przez odpowiednie organy w Finlandii, zaopatrzone w *apostille* oraz przetłumaczone na język polski. Tym samym kwestionowane przez Odwołującego dokumenty były dodatkowymi oświadczeniami wobec powołanych dokumentów urzędowych. Taka intencja Konsorcjum O jasno wynika z oświadczenia rep. A nr 7782/2015, gdzie wprost odwołano się do zaświadczenia wydanego przez Finnish Tax Administration w dniu 16 listopada 2015 r., aby wykluczyć wątpliwości, że odnosi się ono także do składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Zamawiający stwierdził również, że złożone wraz z wnioskiem dokumenty z podpisami notarialnie poświadczonymi spełniają wymogi wyznaczone przez Rozporządzenie.

Powołując się na § 4 ust. 3 Rozporządzenia stwierdził, że kwestionowane przez Odwołującego dokumenty zawierają oświadczenia o braku likwidacji lub upadłości Airbus Defence & Space Oy oraz o braku zaległości w uiszczaniu podatków, opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, a także o braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Notariusz P.K. poświadczył, że podpis pod nimi złożył T.H.T.V., który przy tej czynności oświadczył m.in., iż udzielone mu pełnomocnictwo do reprezentowania Airbus Defence & Space Oy nie wygasło, nie zostało odwołane lub ograniczone w swoim zakresie, a reprezentowana przez niego spółka nie jest w stanie likwidacji lub upadłości i nie toczy się wobec niej żadne postępowanie układowe lub naprawcze.

Dodatkowo warto podkreślić, że nawet gdyby dalej polemizować, na czym ma polegać zachowanie formy „oświadczenia przed notariuszem”, o jakiej mowa w §4 ust. 3 Rozporządzenia, to niekwestionowanym jest, iż w treści notarialnych poświadczeń podpisów T.H.T.V. znajduje się potwierdzenie, złożenia przez niego wobec notariusza zapewnienia o braku likwidacji Airbus Defence & Space Oy (w części identyfikującej stawającego oraz podmiot, w imieniu którego działa).

10

Nieprawidłowa ocena wniosku Konsorcjum M

Zamawiający – uzasadniając bezzasadność przedmiotowego zarzutu – stwierdził, że z wyjaśnień Konsorcjum M z dnia 25 lutego 2016 r. wynika, że A.I. nie posiada uprawnień zarządczych w spółce Moratel, a co za tym idzie, Zamawiający nie może żądać

odnoszącego się do niego zaświadczenia o niekaralności (lub oświadczenia równoważnego, o jakim mowa w §4 ust. 3 Rozporządzenia).

Odwołujący kwestionując prawdziwość wyjaśnień Konsorcjum M w żaden sposób nie udowodnił swojego zarzutu. Chybionym jest powoływanie się na rzekome pełnienie funkcji zarządzającego spółką Moratel przez A.I. na podstawie analizy treści protokołu z posiedzenia zarządu spółki Moratel z dnia 2 kwietnia 2014 r. Z faktu przewodniczenia posiedzeniu nie można wywodzić, że osoba ta zarządza ww. spółką.

Również bezpodstawnym jest przyjmowanie tego faktu na gruncie stwierdzenia o istnieniu kworum, nie ma wiedzy jakie kworum jest ustalone. skoro Odwołujący

Ponadto w posiedzeniu uczestniczyły trzy podmioty – wszak stwierdzenie, że osiągnięto kworum wynoszące ponad połowę składu zarządu może odnosić się do obecności przedstawicieli spółek SICOTEL i CKR.

Zamawiający przypomniał o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym i stwierdził, że stanowisko Odwołującego opiera się na niczym niepopartych dywagacjach i przypuszczeniach co do roli A.I. w strukturach spółki Moratel. Nie można więc uznać, by Odwołujący udźwignął ciężący na nim obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne, tj. fakt niezasadnego niezłożenia przez Konsorcjum M zaświadczenia o niekaralności osoby zarządzającej spółką będącą partnerem konsorcjum. Przeciwnie, to Konsorcjum M w sposób spójny i niewywołujący obiekcji wyjaśniło, jaka jest rola A.I. jako prezesa spółki Moratel, uzasadniając w ten sposób brak takiego dokumentu odnoszącego się do tej osoby.

Nieprawidłowa ocena wniosku Wykonawcy H

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący pominął, że oprócz zaświadczenia z dnia 10 lutego 2016 r. Wykonawca H złożył również zaświadczenie z Techniker Krankenkasse z dnia 17 lutego 2016 r., w którego treści wskazano, iż na dzień 14 grudnia 2015 r. (przed terminem składania wniosków) „składki zostały zapłacone regulaminowo”.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w składaniu odwołania na czynności oceny wniosku Wykonawcy H, który mocą decyzji Zamawiającego został już skutecznie wykluczony z Postępowania, a zatem nie istnieje możliwość przywrócenia go do niego.

11

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienia zgłosiły Konsorcjum O i Konsorcjum M wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 7 kwietnia Konsorcjum O przedstawiło następującą argumentację na poparcie wniosku o oddalenie odwołania.

Na wstępie zgłaszający przystąpienie podkreślił, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w części dotyczącej Airbus Defence and Space Oy, złożono szereg dokumentów urzędowych potwierdzających brak zaistnienia przesłanek wykluczenia tego wykonawcy. Wśród nich znajdują się m.in. zaświadczenie z rejestru upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstw, wypis z rejestru handlowego oraz zaświadczenie o opłaceniu podatków. Złożone przez Airbus Defence and Space Oy oświadczenia, które stały się podstawą żądań Odwołującego, mają charakter akcesoryjny i nie powinny być samodzielnie przedmiotem oceny.

Jak wynika z przepisu § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia, wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów wskazanych w treści § 3 ust. 1 pkt 2-4 składają dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, –
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne – i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W ocenie Konsorcjum O złożone przez Airbus Defence and Space Oy dokumenty w pełni wyczerpują dyspozycję przywołanego przepisu Rozporządzenia, pozwalając na pozytywną ocenę braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Zarówno wypis z rejestru handlowego, jak i zaświadczenie z rejestru upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstw, złożone przez Airbus Defence and Space Oy potwierdzają

odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Nie jest więc możliwe zastąpienie go oświadczeniem, które może zastępować odpowiedni dokument tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy w danym kraju nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwszy Rozporządzenia.

W Finlandii dokumentem, który odpowiednio potwierdza brak przesłanki wykluczenia związanej z ewentualnym otwarciem likwidacji lub ogłoszeniem upadłości jest złożone zaświadczenie z rejestru upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstw. Pomimo tego, że nie

12

zawiera on w swojej treści postanowień dotyczących ewentualnej likwidacji, to jednak – z uwagi na różnice systemów prawnych w Polsce oraz Finlandii – w pełni wyczerpuje on wymagania przywoływanego rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie jest konieczne, aby składane dokumenty potwierdzały ściśle okoliczności wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwszy Rozporządzenia. Takiej wykładni tego paragrafu przeczy przede wszystkim treść § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia, w której prawodawca wyraźnie posłużył się sformułowaniem „dokument lub dokumenty (...) potwierdzające odpowiednio”. „Odpowiednio”, zdaniem zgłaszającego przystąpienie, oznacza z uwzględnieniem różnic wynikających z systemów prawnych w państwie pochodzenia. Tym samym, jeśli w Finlandii nie stwierdza się otwarcia likwidacji ale ogłoszenie postępowania restrukturyzacyjnego, to należy w konsekwencji przyjąć, że zaświadczenie z rejestru upadłości i restrukturyzacji przedsiębiorstw potwierdza w odpowiedni sposób brak okoliczności wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem Konsorcjum O powyższa zasada prymatu dokumentu urzędowego wystawianego przez właściwe organy różnych państw przed oświadczeniem własnym wykonawcy została przez prawodawcę wprowadzona do porządku prawnego celowo, ponieważ przyjęcie innego założenia prowadziłoby w istocie do braku możliwości składania zaświadczeń zagranicznych z uwagi na brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił ponadto, że pomimo tego, iż przedstawione oświadczenia faktycznie zostały złożone co do zasady w postaci notarialnego poświadczenia podpisu osoby podpisującej oświadczenia, to jednak – w zakresie upadłości lub likwidacji Airbus Defence and Space Oy – notariusz odebrał od pełnomocnika Airbus Defence and Space Oy stosowne oświadczenie. Stanowi o tym zapis znajdujący się na str. 2 sporządzonego przez notariusza poświadczenia podpisu, który ma brzmienie następujące: „[...]w szczególności reprezentowana przez Niego Spółka nie została postawiona w stan upadłości ani likwidacji jak również w stosunku do reprezentowanej przez Niego Spółki nie toczy się postępowanie układowe ani naprawcze[...]”. Dodatkowo wskazano w tym dokumencie także na udział tłumacza przysięgłego, którego udział był konieczny właśnie ze względu na okoliczność, że sporządzający poświadczenie notariusz przyjmował m.in. omawiane oświadczenie od przedstawiciela Airbus Defence and Space Oy.

W tym stanie rzeczy, niezależnie od argumentów dotyczących prymatu złożonego zaświadczenia, samo oświadczenie spełnia wymagania określone w § 4 ust. 3 Rozporządzenia. Brak wskazania osób uprawnionych do reprezentacji Airbus Defence and Space Oy nie stanowi, w świetle jednoczesnego złożenia odpisu z rejestru handlowego,

13

w którym znajdują się owe informacje, przeszkody do uznania złożonego przed notariuszem oświadczenia za prawidłowe.

Konsorcjum O wskazało, że złożone zaświadczenie o opłacaniu podatków także stanowi dokument, który w odpowiedni sposób potwierdza brak okoliczności skutkujących wykluczeniem z udziału w Postępowaniu w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Złożone z tym dokumentem oświadczenie nie ma na celu jego zastąpienia, a jedynie doprecyzowanie, iż zaświadczenie to obejmuje swoim zakresem przedmiotowym także płatność składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Absolutnie więc nie można traktować złożonego oświadczenia w kategoriach wyznaczanych przepisem § 4 ust. 3 Rozporządzenia i uzależniać wywoływanych przez nie skutków od zachowania takiej czy innej formy.

Odwołujący w piśmie z dnia 13 kwietnia 2016 r. przedstawił dodatkową argumentację

mającą potwierdzać zarzut nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum M.

Podał, że Konsorcjum M posługuje się w omawianym zakresie jedynie niczym nie popartymi twierdzeniami, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że A.I. funkcji zarządczych w spółce Moratel rzeczywiście nie pełni. Oznacza to, że nie wykazało okoliczności, z której wywodzi istotne skutki prawne. W jego ocenie nie można powtarzanego przez Konsorcjum M ogólnego twierdzenia o roli ww. osoby traktować jako wyjaśnienia podstaw braku przedłożenia tak istotnego w toku Postępowania dokumentu jak dokument potwierdzający brak karalności Prezesa spółki. Konsorcjum M nie tylko nie wykazało, że dla A.I. nie muszą zostać złożone dokumenty poświadczające jego niekaralność, ale kwestii tej nawet rzeczowo nie wyjaśniło. Konsorcjum M nie przywołało żadnego konkretnego przepisu prawa marokańskiego czy też – przykładowo – postanowienia dokumentu korporacyjnego, z którego wynikałoby, że ww. rzeczywiście nie pełni funkcji zarządczych w spółce Moratel.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może w sytuacji budzącej obiektywne i uzasadnione wątpliwości dawać wiary twierdzeniom przedstawianym przez wykonawców sformułowanym na tak dużym poziomie ogólności. Takie postępowanie byłoby w oczywisty sposób sprzeczne z zasadami formalizmu i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaznaczył przy tym, że Konsorcjum M najpierw wymaganych dokumentów w ogóle nie złożyło, co poskutkowało wezwaniem go do ich uzupełnienia. Następnie, w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, ograniczyło się do niczym nieopartego, lakonicznego twierdzenia jakoby zgodnie z prawem Królestwa Maroka A.I. nie sprawował funkcji zarządczych w spółce Moratel, powołując się jednocześnie na orzeczenie Izby, które nie dość, że dotyczy innego systemu prawnego (Francji), to jeszcze okoliczności

14

faktyczne i przede wszystkim dowody przedstawione w tamtej sprawie były zgoła inne. Na marginesie Odwołujący wskazał, że w sprawie na którą powołało się Konsorcjum M, na okoliczność ustalenia funkcji określonych członków zarządu, przedstawiony był szereg dowodów potwierdzających specyfikę nie tylko podmiotów prawa francuskiego jako takich, ale także specyfikę konkretnego wykonawcy i jego struktury korporacyjnej. Orzeczenie przywołane przez nie jest zatem w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy całkowicie nieadekwatne.

Co więcej, wszystkie dokumenty przedstawione w Postępowaniu przez Konsorcjum M stanowią dowód wręcz przeciwny w stosunku do powtarzanego (w wyjaśnieniach i przystąpieniu) przez nie twierdzenia. Zdaniem Odwołującego jedynie on przedstawił szczegółową argumentację w tym zakresie, odnosząc się kolejno do deklaracji o rejestracji w rejestrze handlowym i protokołu zarządu spółki Moratel. W dokumentach rejestrowych spółki Moratel A.I. widnieje jako Prezes Zarządu, a zgodnie z protokołem posiedzenia Zarządu jego udział jest konieczny do podjęcia jakichkolwiek działań decyzyjnych w spółce. Ponadto z żadnego z ww. dokumentów nie wynika, iż rola A.I. polega na czymkolwiek innym niż pełnienie funkcji zarządczych. Warto również zwrócić uwagę, że do przystąpienia Konsorcjum M załączono ponownie dokumenty rejestrowe, z których jednoznacznie wynika, że A.I. pełni funkcję Prezesa Zarządu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że według jego wiedzy, zgodnie z prawem marokańskim, nawet jeżeli w spółce akcyjnej (a taką jest Moratel) zostaje powołana osoba upoważniona do prowadzenia bieżącej działalności (tzw. Dyrektor Generalny), to nie powoduje to marginalizacji funkcji zarządczych Prezesa Zarządu. Jak wynika z uzyskanej przez Odwołującego opinii prawnej wydanej przez marokańskiego adwokata (którą Odwołujący załączył do pisma procesowego jako dowód w sprawie), tu cytat: „[...]nawet gdy funkcję zarządczą sprawuje Dyrektor Naczelny, członkowie Zarządu spotykają się co najmniej raz w roku, a Prezes jest oczywiście aktywnym członkiem Zarządu. Zatem, choć możliwe jest stwierdzenie, że Prezes Zarządu spółki akcyjnej może nie być uprawniony do pełnienia funkcji zarządczej w spółce, to jednak nie można go uznać za nieaktywnego członka Zarządu. Ponadto, w przypadku, gdy Prezes Zarządu spółki akcyjnej udzieli szerokiego pełnomocnictwa Dyrektorowi Naczelnemu spółki, może on nadal pełnić funkcję zarządczą w spółce osobiście i być uznawany za aktywnego członka wspomnianego organu zarządczego spółki.[...]”.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący cofnął zarzut nieprawidłowej oceny wniosków Konsorcjum O

przeszła być przedmiotem toczącego sporu, wobec czego wycofane zarzuty nie podlegały rozpoznaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację dotyczącą oceny wniosku Konsorcjum M.

Konsorcjum M (dalej: „Przystępujący”) wniosło o oddalenie odwołania podkreślając, że Odwołujący nie udowodnił twierdzenia o konieczności przedstawienia zaświadczenia o niekaralności wystawionego dla A.I. i nie potwierdza tego załączona do pisma procesowego Odwołującego opinia prawna.

Przystępujący stwierdził, że ze względu na specyfikę prawa marokańskiego, wywodzącego się z prawa francuskiego, zarząd, a właściwie rada dyrektorów jest organem łączącym w sobie kompetencje kilku różnych organów właściwych polskiemu spółkom kapitałowym. Zaznaczył, że zgodnie z art. 67 ustawy regulującej spółki akcyjne, na który *notabene* powołano się w opinii przedstawionej przez Odwołującego, spółka zarządzana jest bądź przez prezesa zarządu posługującego się tytułem prezesa dyrektora generalnego, bądź przez inną osobę fizyczną powołaną przez zarząd oraz posługującą się tytułem dyrektora generalnego.

W nawiązaniu do powyższego podał, że zarząd spółki Moratel – zgodnie z protokołem z dnia 2 kwietnia 2014 r. – umocował B.C. do występowania w charakterze Pełnomocnego Zastępcy Dyrektora Generalnego, wobec czego zarząd, w tym A.I., nie wykonują już żadnych czynności zarządczych.

Na poparcie powyższych twierdzeń Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. fragmentu publikacji A. Klimaszewskiej pn.: „Code de commerce – Francuski Kodeks Handlowy”,
2. przepisu art. 67 Ustawy nr 17-95 dotyczącej spółek handlowych,
3. zaświadczenia z dnia 9 kwietnia 2016 r. złożonego przez B.C. przed marokańskim notariuszem.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym Odwołującego oraz w odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści Ogłoszenia, wezwania Konsorcjum M do uzupełnienia dokumentów wraz z udzieloną przez nie odpowiedzią i wspomnianych powyżej dokumentów złożonych do akt postępowania odwoławczego przez jego uczestników. Na ich podstawie, biorąc również pod uwagę stanowiska stron postępowania odwoławczego i Konsorcjum M, skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny, w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania, nie był sporny. Rozstrzygnięcia wymagało natomiast, czy Zamawiający prawidłowo ocenił zaniechanie złożenia Konsorcjum M o niekaralności A.I., przez zaświadczenia dotyczące pozytywnie oceniając przedstawioną przez nie w tym zakresie argumentację.

Mając na uwadze przedstawione powyżej zagadnienie skład orzekający uznał, że zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają osoby prawne,

członka organu za których urzędującego zarządzającego prawomocnie skazano

przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo osób pracę przeciwko prawom zarobkową, wykonujących 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. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o wskazaną przesłankę wykonawcy ci składają – zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia – aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a dotyczące osób, o których mowa we wspomnianym przepisie Pzp. Dodatkowo, w odniesieniu do wykonawców, którzy mają siedzibę (miejsce zamieszkania) poza terytorium RP zamiast wzmiankowanych dokumentów składają oni zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo

17

zamieszkania osób, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym m.in. w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp (argument z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) Rozporządzenia).

W przedmiotowej sprawie Konsorcjum M, wezwane przez Zamawiającego (pismem z dnia 4 lutego 2016 r.) do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia spółki Moratel, o których mowa w pkt III.2.1 pkt 3-8 Ogłoszenia (a więc również w zakresie zaświadczenia z KRK albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp – *vide* pkt III.2.1.3.e Ogłoszenia), przedstawiło stosowne zaświadczenie odnośnie B.C. Przystępujący stwierdził jednocześnie, że w odniesieniu do A.I. będącego – zgodnie z innymi złożonymi na wezwanie dokumentami (m.in. deklaracją o rejestracji w rejestrze handlowym i protokołem zarządu z dnia 2 kwietnia 2014 r.) – Prezesem (okoliczność bezsporna), konieczności takiej nie ma, ponieważ nie sprawuje on w spółce Moratel funkcji zarządczych.

Zdaniem składu orzekającego kluczowa w niniejszej sprawie jest interpretacja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp i określenie na jej podstawie kręgu osób podlegających obowiązkowi złożenia zaświadczenia z rejestru karnego.

Ustawodawca posłużył się w komentowanym przepisie określeniem „urzędującego członka organu zarządzającego”, a więc skonstruował tą przesłankę wykluczenia w oparciu o kryterium przynależności (członkostwa) danej osoby do określonego organu, nie zaś wykonywania funkcji zarządczych, czy obowiązujących u danego podmiotu zasad reprezentacji. Zgodnie z takim rozumieniem omawianego pojęcia obowiązek załączenia do wniosku (oferty) zaświadczenia o niekaralności rozciąga się na wszystkie osoby wchodzące w skład organu zarządzającego i taka praktyka funkcjonuje chociażby w odniesieniu do podmiotów krajowych. Z kolei przez określenie członka mianem „urzędującego” ustawodawca ograniczył wspomniany obowiązek wyłącznie do osób, które sprawują te funkcje aktualnie, co zapobiega wykluczeniu wykonawców, u których w organach zarządzających kiedykolwiek zasiadały osoby prawomocnie skazane za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W konsekwencji skład orzekający uznał za sprzeczne z treścią komentowanej przesłanki wykluczenia wykonawcy uzależnianie obowiązku złożenia zaświadczenia o niekaralności członka organu orzekającego od wykonywania przez niego funkcji zarządczych. Należy przy tym zauważyć, że forsowana przez Przystępującego przy aprobacie Zamawiającego koncepcja powodowałaby *de facto* nierówne traktowanie wykonawców, skoro w odniesieniu do podmiotów zagranicznych – w przeciwieństwie do podmiotów krajowych – obowiązek dotyczyłby wyłącznie tych aktualnie urzędujących

18

członków zarządu, którzy sprawują funkcje zarządcze. W takich okolicznościach Zamawiający ustalając istnienie omawianej przesłanki wykluczenia zmuszony byłby (jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie) polegać na oświadczeniach wykonawców zagranicznych co do wykonywania u nich przez określone osoby funkcji zarządczych,

co uczyniłoby dokonywaną ocenę iluzoryczną, jako nieopartą na okolicznościach ustalonych przez samego zamawiającego. Co więcej, nawet gdyby zamawiający – pomimo oświadczenia wykonawcy o nieistnieniu obowiązku złożenia zaświadczenia odnośnie określonej osoby wchodzącej w skład jej organu zarządzającego – powziął jednak w tym zakresie wątpliwości, to w świetle przepisów Rozporządzenia określających zamknięty katalog dokumentów jakich odnośnie omawianej przesłanki wykluczenia można żądać od wykonawców zagranicznych (patrz przepis § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) i ust. 3 Rozporządzenia) i tak pozbawiony byłby możliwości zobowiązania wykonawcy do przedstawienia dowodów, z których wynikać miałyby okoliczności niewykonywania funkcji zarządczych.

Zdaniem Izby, w celu uniknięcia zasygnalizowanych problemów należy przyjąć zapatrywanie, zgodnie z którym zaświadczenia o niekaralności należy złożyć w stosunku do wszystkich członków organu zarządzającego, którzy aktualnie (tj. na chwilę, w której wykonawca musi wykazać brak podstaw do wykluczenia – art. 26 ust. 2a Pzp) wchodzi w jego skład.

W następstwie powyższych rozważań ustalenia wymagało zatem, czy zarząd spółki Moratel, w skład którego – zgodnie z tłumaczeniem protokołu z dnia 2 kwietnia 2014 r. – wchodzi co najmniej 3 członków – dwie spółki i A.I. tytułowany Prezesem – Dyrektorem Generalnym, można uznać za organ zarządzający w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jedynie na marginesie skład orzekający stwierdza w tym miejscu, że nie było uzasadnione dystansowanie się przez Przystępującego od nazwy tego organu i określanie go mianem rady dyrektorów (rady administracyjnej), ponieważ zarówno w dokumentach uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego (protokół zarządu), jak i w przepisie art. 67 ustawy, na którą powoływało się Konsorcjum M nazwą organu jest zarząd.

W odniesieniu do wskazanego powyżej aspektu omawianego zagadnienia skład orzekający zwrócił uwagę, że z treści protokołu zarządu wynika, jakoby celem spotkania było udzielenie B.C. pełnomocnictwa i określenie jego zakresu (i na tą okoliczność ten dokument został przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego). Co więcej, w świetle art. 67 wspomnianej ustawy (akapit drugi zdanie pierwsze), zarząd jest organem uprawnionym do wyboru pomiędzy dwoma sposobami zarządzania spółką określonymi w akapicie pierwszym, zgodnie z którym spółą zarządza albo prezes zarządu posługujący się tytułem prezesa dyrektora generalnego albo inna osoba fizyczna posługująca się tytułem dyrektora generalnego. Co istotne, w akapicie pierwszym art. 67 ustawy zastrzeżono,

19

że wybór drugiego z modeli zarządzania wiąże się z powołaniem osoby na stanowisko dyrektora generalnego przez zarząd. W związku z powyższym, w ocenie Izby, skoro tak istotne czynności dla funkcjonowania osoby prawnej, jakimi są określenie sposobu jej zarządzania i powołanie dyrektora generalnego, który zarządzać będzie spółką w miejsce prezesa (co *de facto* miało miejsce w tej sprawie w dniu 2 kwietnia 2014 r.), należą do kompetencji zarządu, to trzeba określać go mianem organu zarządzającego. Ubocznie wskazać można, że zarówno z przedstawionej przez Odwołującego opinii prawnej, jak i z twierdzeń samego Konsorcjum M wynikało, że zarząd jest aktywnym organem zbierającym się co najmniej raz w roku, wobec czego nie sposób twierdzić, że pozbawiony jest znaczenia dla funkcjonowania spółki.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Przystępującego i przedstawionych na jej poparcie dowodów należy na wstępie zauważyć, że okoliczność wydania przez Izbę wyroku w sprawie, w której ocena jednego z zarzutów wymagała odniesienia się do regulacji prawa francuskiego nie może *per se* stanowić potwierdzenia zasadności stanowiska wyrażonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, czy prezentowanego podczas rozprawy. Podobnie należało ocenić również argumentację dotyczącą przynależności Królestwa Maroka do tzw. rodziny prawa francuskiego (i dowód w postaci wyciągu z publikacji), na której Konsorcjum M opierało wniosek o podobieństwo systemu prawa francuskiego i marokańskiego. Zawodność takiego sposobu rozumowania ilustruje bowiem następujący przykład – z faktu, że Polska jest państwem członkowskim Unii Europejskiej nie można automatycznie wywodzić, że określone kwestie są uregulowane identycznie, czy choćby podobnie we wszystkich państwach członkowskich.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że przedstawione przez Konsorcjum M na rozprawie dowody zmierzały do wykazania okoliczności, która nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania. Żaden z nich nie stwierdza bowiem, że A.I. nie jest

członkiem zarządu spółki Moratel, ergo nie podważają one konieczności składania dokumentów potwierdzających niekaralność urzędujących członków organów zarządzających.

Reasumując, skład orzekający uznał, że zachodzi podstawa do wykluczenia Konsorcjum M z Postępowania z uwagi na niewykazanie przez nie braku podstawy do wykluczenia na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zostało ono prawidłowo wezwane do uzupełnienia dokumentów, czego nie uczyniło, co aktualizowało po stronie Zamawiającego konieczność zastosowania względem Przystępującego wspomnianej powyżej sankcji. Zaniechanie, którego w tym zakresie dopuścił się Zamawiający stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, wobec czego orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

20

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

21