

WYROK
z dnia 1 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **St. Jude Medical Sp. z o.o., 01-698 Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. M. Curie-Skłodowskiej 10,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. M. Curie-Skłodowskiej 10

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **St. Jude Medical Sp. z o.o., 01-698 Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2,**

2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny w Zabrze, 41-800 Zabrze, ul. M. Curie-Skłodowskiej 10** na rzecz **St. Jude Medical Sp. z o.o., 01-698 Warszawa, ul. Smoleńskiego 1/2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Odwołujący - St. Jude Medical Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie w postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu jednorazowego do cewnikowania serca i urządzeń stymulacji serca.

Przedmiot zamówienia został podzielony na pakiety - łącznie 48.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr 2010/S 214-328509 i po zmianie siwz nr 2010/S 218-333540.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Szpitalowi Specjalistycznemu w Zabrze niezgodną z przepisami ustawy czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu spółki z udziału w przetargu i uznaniu oferty spółki za odrzuconą, która stanowi czynność sprzeczną,

w szczególności z art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp oraz z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego w skrócie rozporządzeniem

oraz nakazanie zamawiającemu:

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty złożonej przez spółkę w zakresie pakietu nr 46, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, a nadto
- 5) zasądzenie na rzecz spółki kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego w toku rozprawy rachunku, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że spółka złożyła ofertę w zakresie pakietów nr 5, 46, 50, 51, 52.

Zamawiający określił wymagania w siwz (cz. XIII pkt 1 ppkt 4) dotyczące dokumentów potwierdzających brak karalności członków zarządu, które są tożsame z brzmieniem odpowiednich przepisów rozporządzenia.

3

W zakresie potwierdzenia niekaralności członków zarządu spółki mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej (USA), załączono do oferty m.in. zaświadczenia wydane przez Department of Public Safety Bureau of Criminal Apprehension Minnesota Justice Information System (Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przeszłości Stanu Minnesota).

W dniu 28 grudnia 2010 r. zamawiający wezwał spółkę do złożenia wyjaśnień, informując, iż podczas badania oferty zamawiający stwierdził niezgodności z siwz dotyczące dokumentów wymaganych przez zamawiającego w zakresie potwierdzającym niekaralność osób będących członkami zarządu spółki.

Ponadto zamawiający:

- 3) wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów o niekaralności załączonych przez spółkę informując, iż według najlepszej jego wiedzy dokumentem potwierdzającym niekaralność członków zarządu spółki powinien być Certificate of Good Conduct wydawany w USA przez Federal Bureau of Investigation
- oraz
- 4) wskazał, aby - w przypadku, gdyby w USA nie były wydawane dokumenty na poziomie miasta, okręgu lub na poziomie federalnym - spółka zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia przedłożyła oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania urzędującego członka zarządu, a potwierdzających niekaralność ww. osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, odpowiednio na poziomie miasta lub okręgu, na poziomie federalnym, bądź na obu poziomach (str. 3 pisma zamawiającego z dnia 28 grudnia 2010 r.).

W dniu 4 stycznia 2011 r. spółka złożyła wyjaśnienia wskazując, iż zaświadczenia złożone wraz z ofertą stanowią dokumenty, które spełniają wymogi Prawa zamówień publicznych w zakresie niekaralności członków zarządu spółki i brak jest podstaw do wykluczenia spółki w związku z twierdzeniami zamawiającego przedstawionymi w piśmie z dnia 28 grudnia 2010 r.

W dniu 11 stycznia 2011 r. zamawiający przesłał zawiadomienie o wykluczeniu spółki z postępowania informując, iż nie uwzględnił złożonych wyjaśnień oraz, że z dokumentów załączonych do oferty wynika, że brak skazania na poziomie stanowym nie wyklucza możliwości skazania za takowe przestępstwa na poziomie lokalnym (miasta, okręgu) lub na poziomie federalnym (str. 4 pisma zamawiającego).

Odwołujący podał, że spółka posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż potwierdzenie zarzutów o bezprawnym wykluczeniu przywróciłoby spółce szansę na uzyskanie zamówienia objętego ofertą. Spółka złożyła najkorzystniejszą ofertę w zakresie pakietu nr 46.

Następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest szkoda w majątku spółki w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia.

Na potwierdzenie niezgodności czynności zamawiającego z prawem, polegającej na wykluczeniu z postępowania, odwołujący wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryny - wyrok KIO z 14 maja 2010 r. sygn. KIO/UZP 761/10, KIO/UZP 762/10.

Podał, że z analizy orzeczenia wynika, że

- 1) wykonawca mający siedzibę w Polsce, którego członek zarządu miał miejsce zamieszkania w USA, przedstawił zaświadczenie (ze stanu Illinois), potwierdzające niekaralność w obrębie tego stanu USA oraz, że
- 2) nie został złożony dokument „certificate of good conduct (...), który można uzyskać w FBI's Criminal Justice Information Services (CJIS) Division (kartoteka kryminalna Federalnego Biura Śledczego zawierający dane z lokalnych, stanowych i federalnych agencji, gromadzących informacje o mieszkańcach USA”.

Odwołujący podkreślił, że istnieje tożsamość zarzutu, na podstawie którego wydane zostało wskazane orzeczenie KIO z podstawą wykluczenia odwołującego.

Izba uznała w uzasadnieniu wyroku, że przedstawione przez wykonawcę zaświadczenie, że członek zarządu nie figuruje w rejestrze skazanych w sprawach karnych (...) wszczętych w Lake County w stanie Illinois (...) nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że złożony dokument nie potwierdza faktu niekaralności, gdyż w Stanach Zjednoczonych w tym celu wydaje się inny dokument, który można uzyskać w FBI's Criminal Justice Information Services (CJIS) Division. KIO tym samym potwierdziła, że przedstawienie zaświadczenia o niekaralności z określonego stanu USA stanowi - w rozumieniu polskich przepisów prawa zamówień publicznych - dokument potwierdzający niekaralność członka zarządu mającego miejsce zamieszkania w USA. KIO podała w cytowanym orzeczeniu, że powoływanie się na fakt, iż w USA istnieje możliwość uzyskania od FBI „certificate of good conduct” nie oznacza, że taki dokument z FBI stanowi właściwy dokument spełniający wymogi polskiego prawa zamówień publicznych w zakresie potwierdzenia niekaralności członka zarządu mającego miejsce zamieszkania w USA.

Powołując się w dalszej kolejności na orzecznictwo odwołujący podał, że również w wyroku z 20 września 2010 r. sygn. akt KIO/1922/10 Izba rozstrzygała zarzut odwołującego, który twierdził, że FBI wydaje w USA dokumenty potwierdzające niekaralność obywateli USA i, że z tego względu wykonawca powinien, w celu potwierdzenia niekaralności członków zarządu mających miejsce zamieszkania w USA, złożyć zaświadczenie z FBI. Izba uznała zarzut odwołującego za niezasadny i stwierdziła, że przywołany przez odwołującego rejestr FBI w żadnym wypadku nie odpowiada zakresowi danych koniecznych do weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Z kolei w wyroku z dnia 29 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 303/10 podano, że w ocenie Izby, żądanie od wykonawców zagranicznych na potwierdzenie tego, iż ich urzędujący

członkowie organu zarządzającego nie zostali skazani za przestępstwa, których katalog został wskazany w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, dwóch rodzajów dokumentów, tj. zaświadczenia właściwego organu (...) a jednocześnie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia osoby, nie znajduje oparcia w przepisach rozporządzenia. Uznała, że akceptacja stanowiska odwołującego prowadziłaby do zastosowania mieszanej formy dokumentowania niekaralności, a ta nie jest w przepisach o zamówieniach publicznych dopuszczona. Stąd też, żądanie przez zamawiającego jakiegokolwiek dodatkowej dokumentacji (np. oświadczenia złożonego przed notariuszem) w celu potwierdzenia niekaralności członków zarządu spółki, przy jednoczesnym braku kwestionowania zaświadczenia, było nieuzasadnione.

Mając na uwadze stanowisko Izby, odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zaświadczenia złożone przez spółkę stanowią dokumenty potwierdzające niekaralność członków zarządu, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Spółka przedstawiła zaświadczenia wydane przez organ miejsca zamieszkania osób będących członkami zarządu. Zaświadczenia stanowią dokumenty, które spełniają we wskazanym zakresie wymóg określony w § 2 ust. 2 rozporządzenia oraz postanowienia siwz.

Ponadto odwołujący uznał, że brak jest podstaw, aby twierdzić, iż spółka powinna składać

dotatkowo jakiegokolwiek inne zaświadczenie jakiegokolwiek organu w zakresie niekaralności członków zarządu. Stwierdził, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu spółki jest niezgodna z prawem.

Podniósł, że przepis § 2 ust. 2 rozporządzenia został przeniesiony do siwz, w której podano „jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy (tj. m.in. urzędujący członkowie organu zarządzającego osoby prawnej) mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób (...)”.

Zamawiający przenosząc postanowienia rozporządzenia do siwz żądał:

- 1) zaświadczenia (w liczbie pojedynczej) o niekaralności dotyczącego każdego członka zarządu osoby prawnej oraz
- 2) aby takie zaświadczenie pochodziło z miejsca zamieszkania członka zarządu.

Potwierdził, że dokumenty złożone przez spółkę spełniają powyższe wymagania. Podał, że według jego najlepszej wiedzy, zaświadczenie wydane przez FBI („Certificate of Good Conduct”) nie spełnia w szczególności wymagania opisanego w pkt 2).

Stwierdził, iż zamawiający nie miał podstawy do żądania dodatkowych dokumentów, bowiem

6

zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłączenie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W przypadku dokumentów o niekaralności członków zarządu polskiej osoby prawnej, mających miejsce zamieszkania za granicą, dokumenty, których może żądać zamawiający wskazane zostały w § 2 ust. 2 rozporządzenia. Mając na uwadze dyspozycję art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepis rozporządzenia odwołujący uznał, że brak jest podstaw, aby zamawiający żądał dodatkowych dokumentów w sytuacji, gdy spółka przedstawiła dokumenty, które - co nie było kwestionowane przez zamawiającego – spełniają siwz.

Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w doktrynie (m.in. J. Pieróg, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski) oraz orzecznictwie – wyroki KIO - z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1096/09 i z dnia z dnia 18 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 264/09), w których Izba stwierdziła, że „katalog dokumentów, określonych w art. 25 ustawy Pzp jest zamknięty, zatem zamawiający nie był uprawniony do żądania jakichkolwiek innych dokumentów, których nie wymienia cytowane rozporządzenie” oraz, że „nie jest dopuszczalne żądanie jakiegokolwiek innego dokumentu, na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, niż przewiduje to wymienione rozporządzenie”.

Wskazał, że USA jest państwem federalnym i nie występuje - jak w przypadku Polski - jeden ogólnodostępny rejestr wydający zaświadczenia o niekaralności dla całego kraju i obejmujący wszystkie przestępstwa, a w szczególności przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Stwierdził, że spółka zgodnie ze swoją najlepszą wolą i wiedzą złożyła dokument w zakresie niekaralności członków zarządu - zaświadczenie z Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przestępczości Stanu Minnesota. Jest to dokument wydawany w miejscu zamieszkania członków zarządu, który potwierdza niekaralność ich w zakresie przestępstw wskazanych w ustawie Pzp.

Podniósł również, że ustawa nie nakłada obowiązku udowodnienia przez wykonawcę wszelkimi możliwymi dokumentami i na wszelkich możliwych poziomach niekaralności członka zarządu polskiej osoby prawnej mieszkającego za granicą.

Ciężar dowodu, według odwołującego, obciąża zamawiającego, który kwestionując dokument jako nie spełniający wymogów polskiego prawa zamówień publicznych, powinien ten fakt udowodnić.

KIO ustaliła, co następuje.

Odwołujący złożył wraz z ofertą zaświadczenia dotyczące członków zarządu zamieszkałych w USA - Heinmiller John Charles i Krop Pamela Sue, wystawione przez State of Minnesota Department of Public Safety Bureau of Criminal Apprehension Minnesota Justice Information

7

System (MNJIS) tj. Stan Minnesota Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przeszłości, System Informacji Wymiaru Sprawiedliwości Stanu Minnesota (MNJIS). Zaświadczenia zostały wydane na zapytanie (tzw. „świadoma zgoda”), które zawierało dokładny opis celu jakemu ma służyć zaświadczenie ze wskazaniem wszystkich przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez dokładne ich powtórzenie.

W zaświadczeniu Biuro podało, że wynik przeszukiwania wskazuje, iż w oparciu o wymienione kryteria nie zidentyfikowano żadnego wpisu. Wystawca dokumentu dodał „Nie wyklucza to możliwości istnienia dodatkowych informacji zlokalizowanych na poziomie okręgu lub miasta”. Podał numer telefonu w razie pytań dotyczących tej kartoteki.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia – na mocy ust. 4 - wyjaśnień, czy w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej dla osób mających miejsce zamieszkania na terenie Stanu Minnesota wydawane są – na poziomie okręgu lub miasta, na poziomie federalnym przez Federal Bureau of Investigation lub inny właściwy organ, dokumenty potwierdzające niekaralność osób fizycznych w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a jeśli tak, to na podstawie ust. 3 wezwał do przedłożenia właściwych dokumentów dla wszystkich urzędujących członków zarządu, odpowiednio na poziomie okręgu lub miasta, bądź na poziomie federalnym, bądź na obu poziomach. W dalszej treści pisma wskazał, że jeżeli wymienione dokumenty nie są wydawane na poziomie okręgu lub miasta bądź na poziomie federalnym, bądź nie są wydawane ani na poziomie okręgu lub miasta ani na poziomie federalnym, wykonawca ma złożyć zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia dokumenty zawierające oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania urzędujących członków zarządu, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, odpowiednio na poziomie miasta lub okręgu, na poziomie federalnym, bądź na obu poziomach.

Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, w których powołując się na przepisy ustawy Pzp - art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 25 ust. 1 oraz § 2 ust. 2 rozporządzenia, także postanowienia siwz podał, że dokumenty złożone przez spółkę potwierdzają niekaralność członków zarządu, zgodne są z postanowieniami siwz i rozporządzenia. Przedstawił uzasadnienie potwierdzenia niekaralności. Stwierdził również, że brak jest podstaw by przy badaniu zgodności oferty i załączonych dokumentów z wymaganiami, żądać innych dokumentów, takich jak wskazany w piśmie Certificate of Good Conduct wydawany przez FBI. Podniósł, że wobec złożenia zaświadczenia ze Stanu Minnesota potwierdzającego niekaralność członków zarządu na poziomie stanowym, brak jest uzasadnienia uzyskiwania innych dokumentów, które ewentualnie mogą być wydawane na terenie USA. Podał, że procedura uzyskania federalnego certyfikatu Certificate of Good Conduct trwa do 12 tygodni i

8

jest połączona z bardzo złożonym badaniem określonej osoby fizycznej przez służby federalne. Poza tym, wskazany certyfikat nie stanowi powszechnie praktykowanej formy potwierdzenia niekaralności, dokument taki w żadnym przypadku nie stanowi odpowiednika polskiego Krajowego Rejestru Karnego i żądanie certyfikatu nie znajduje uzasadnienia, zarówno w siwz i przepisach Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, podając w uzasadnieniu zawiadomienia przede wszystkim, że nie zakwestionował prawidłowości przedłożonych przez wykonawcę dokumentów wydanych przez Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przeszłości Stanu Minnesota, gdyż potwierdzają one niekaralność członków zarządu na terytorium Stanu Minnesota. Nie potwierdzają na poziomie okręgu lub miasta, ani na poziomie federalnym.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc odwołanie. Jest jednym z wykonawców uczestniczących w postępowaniu, złożył ofertę w pięciu pakietach - nr 5, 46, 50, 51 i 52. Gdyby odwołanie zostało uwzględnione oferta odwołującego podlegałaby badaniu i ocenie merytorycznej. Z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego na rozprawie wynika, że oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą w pakiecie nr 46.

W przepisach ustawy Pzp obok warunków pozytywnych, których spełnianie umożliwia udział

wykonawców w postępowaniu (art. 22 ust.1), określone zostały warunki negatywne, których zaistnienie powoduje po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 i 2).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy określa negatywne przesłanki udziału w postępowaniu stanowiąc, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców – osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo do opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w siwz (art. 41 pkt 7 i art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zamawiający opisał w siwz, w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. pkt 8 ustawy, iż wykonawcy,

9

których urzędujący członkowie organu zarządzającego mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składają w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób - część XIII pkt 2. B, odnosząca się do pkt 1 ppkt 4 siwz. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby nie wydaje się wskazanych dokumentów zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczeniem złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania urzędujących członków zarządu. Odwołujący jako osoba prawna, złożył zaświadczenia dotyczące dwóch członków zarządu mających miejsce zamieszkania w USA, wystawione przez właściwy organ administracyjny miejsca zamieszkania osób, potwierdzające niekaralność członków zarządu w zakresie, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (fakty przyznane na rozprawie). W związku z zamieszczeniem w zaświadczeniach zdania „Nie wyklucza to możliwości istnienia dodatkowych informacji zlokalizowanych na poziomie okręgu lub miasta”, zamawiający uznając, że treść zaświadczenia potwierdza niekaralność wskazanych osób na terenie stanu, zobowiązał wykonawcę do dokonania ustaleń i złożenia wyjaśnień na temat wydawania dokumentów o niekaralności osób fizycznych na poziomie okręgu/miasta i federalnym w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca jest osobą prawną – spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, do której ma zastosowanie wyłącznie pkt 8 wskazanego przepisu. W razie pozytywnych ustaleń wykonawca zobowiązany został do złożenia dokumentów dotyczących poziomu okręgu/miasta i federalnego odnośnie osób i podmiotów podanych w pkt 4-8 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W zależności od wyników ustaleń, w dalszej kolejności miał złożyć oświadczenie, odpowiednio potwierdzone na wskazanych poziomach administracyjnych. Śądanie zamawiającego zawarte w wezwaniu nie odpowiadało treści § 2 ust. 2 rozporządzenia oraz postanowieniom siwz w tym zakresie.

Zamawiający zobowiązany jest przed wykluczeniem z postępowania wezwać wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów, w sytuacjach ściśle określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a więc w razie nie złożenia w określonym terminie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów albo złożenia takich, które zawierają błędy.

Izba miała na uwadze, że zamawiający nie zarzucił błędu w złożonych zaświadczeniach. Nie zakwestionował ich prawidłowości również w zawiadomieniu o wykluczeniu, stwierdził, iż potwierdzają niekaralność członków zarządu na terytorium Stanu Minnesota. Nie potwierdzają na poziomie okręgu lub miasta i na poziomie federalnym. Zgodnie z ust. 4 wskazanego przepisu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie już złożonych oświadczeń lub dokumentów. Przepis nie stanowi o możliwości żądania wyjaśnień czy dokumentów, które nie były wymagane w siwz, jak również tych, które wykraczają poza

10

katalog dokumentów określony w rozporządzeniu, zgodnie z ukształtowaną linią orzeczniczą (w tym wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 969/10).

Zamawiający nie przedłożył dowodu, poza wydrukami z ogólnie dostępnej strony internetowej na potwierdzenie, że zasadne było żądanie wyjaśnień, czy dokumentów na poziomie okręgu/miasta i federalnym.

W tej sytuacji Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....