

WYROK
z dnia 11 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce (pełnomocnik), 2. Budimex S.A.**, adres dla pełnomocnika: ul. Sokolnicza 5/74-75, 53-676 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna**, ul. Bytomska 7, 70-603 Szczecin

przy udziale wykonawcy **Schweerbau GmbH & Co. KG Baunternehmen, Industriestrasse 12, 31655 Stadthagen, Niemcy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, ul. Bytomska 7, 70-603 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce (pełnomocnik), 2. Budimex S.A.**, adres dla

1

pełnomocnika: ul. Sokolnicza 5/74-75, 53-676 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, ul. Bytomska 7, 70-603 Szczecin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce (pełnomocnik), 2. Budimex S.A.**, adres dla pełnomocnika: ul. Sokolnicza 5/74-75, 53-676 Wrocław kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

2

Zamawiający – Zarząd Portów Morskich Szczecin i Świnoujście S.A., ul. Bytomska 7, 70-603 Szczecin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest: „Przebudowa infrastruktury kolejowej w portach w Szczecinie i Świnoujściu” nr ref. NZ/059/IN-23. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2010/S 184-281508 w dniu 22 września 2010 r.

W dniu 13 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert, w tym o wyborze oferty wykonawcy Schweerbau GmbH & CO.KG. Baunternehmen, Industriestasse 12, 31655 Stadthagen, Niemcy (dalej „Schweerbau”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Leonhard Weiss GmbH & CO.KG (Spółka komandytowa) Oddział w Polsce, Ul. Sokolnicza 5/74-75, 53-676 Wrocław (Lider Konsorcjum) i Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, od decyzji zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Schweerbau. Odwołujący wskazywał, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia statuującą jego ofertę na drugim miejscu, po ofercie Schweerbau, a wykonawca, którego ofertę wybrał zamawiający nie spełnił wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty, a w takiej sytuacji oferta odwołującego jako w pełni prawidłowa i oferująca najniższą cenę, powinna być uznana za najkorzystniejszą przez zamawiającego, gdyż zamawiający w swoim rozstrzygnięciu z dnia 13 kwietnia 2011 r. potwierdził prawidłowość oferty odwołującego. Pozytywne rozpoznanie odwołania, w ocenie odwołującego, spowoduje wybór przez zamawiającego jego oferty.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej następujących przepisów:

3

-
- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Schweerbau jako nieodpowiadającej treści SIWZ, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie przedłożył zgodnie z wymogiem zawartym w SIWZ oświadczeń o dysponowaniu sprzętem,
 - 2) art. 24 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Schweerbau, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie otwarto wobec niego likwidacji lub nie ogłoszono wobec niego upadłości, a także nie wykazał, iż nie zalega z uiszczeniem obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, poprzez niezałączenie do oferty dokumentów potwierdzających nieistnienie ww. przeszkód w uzyskaniu zamówienia publicznego,
 - 3) art. 24 ust. 1 pkt 7-8 oraz 9 ustawy Pzp w zw. z § 2 i 4 rozporządzenia z dnia 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) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Schweerbau, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na nieprzedstawienie przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających, iż wobec spółki Schweerbau oraz spółki komandytariusza (powinno być *komplementariusza*) - Schweerbau GmbH sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a ponadto również osoby reprezentujące Schweerbau nie wykazały, że nie zostały skazane prawomocnie 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.

Mając powyższe zarzuty na uwadze, wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Schweerbau i nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także odrzucenie oferty wykonawcy Schweerbau jako niespełniającej wymogów SIWZ i złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- 2) orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

4

W odwołaniu podnosił następującą argumentację.

1. Zarzut nr 1 - niewykazania dysponowania sprzętem koniecznym do wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucał, iż wykonawca Schweerbau nie załączył prawidłowego oświadczenia spółki DOLKOM sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o udostępnieniu Schweerbau układarki mechanicznej szyn (strona 19 oferty Schweerbau). Na oświadczeniu złożonym przez DOLKOM sp. z o.o. widnieje jedynie podpis Czesława Rosy, podczas gdy spółka DOLKOM sp. z o.o. posiada dwuosobową reprezentację. Aktualnie członkami Zarządu spółki DOLKOM sp. z o.o. są: Czesław Rosa w funkcji Prezesa, Wanda Mirosława Talarska oraz Adam Prynda w funkcji Członka Zarządu. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z zapisami umowy spółki oraz wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki DOLKOM sp. z o.o. Zarząd Spółki składa się z jednej do trzech osób, używających tytułów: Prezesa i Członków Zarządu (par. 11 Umowy Spółki). Do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie Prezesa Zarządu i Członka Zarządu albo dwóch Członków Zarządu albo Prezesa Zarządu łącznie z prokurentem albo Członka Zarządu łącznie z prokurentem. Jeżeli Zarząd Spółki jest jednoosobowy do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki uprawniony jest Prezes Zarządu (par. 13 Umowy Spółki). Odwołujący podnosił, iż na stronie 19 oferty Schweerbau znajduje się oświadczenie spółki DOLKOM sp. z o.o. podpisane jedynie przez Prezesa Spółki Czesława Rosę. W ocenie odwołującego oznacza to, że zamawiający nie miał obowiązku wzywania Schweerbau do złożenia wyjaśnienia lub uzupełnienia tego dokumentu, gdyż nawet po uzupełnieniu oferty podlegałaby ona odrzuceniu. Złożenie obecnie oświadczenia spółki DOLKOM sp. z o.o. wymagałoby niezgodnego z prawem antydatowania tego dokumentu. Faktem bowiem jest, że na dzień złożenia oświadczenia załączonego do oferty Schweerbau wykonawca ten nie dysponował oświadczeniem jego właściciela o jego udostępnieniu, a spółka DOLKOM sp. z o.o. nie była związana oświadczeniem złożonym z naruszeniem zasad reprezentacji spółki, a więc oświadczeniem nieważnym. W ocenie odwołującego nie jest możliwa aktualnie konwalidacja tego braku oferty Schweerbau i nie była możliwa przed dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca Schweerbau na dzień składania ofert w niniejszym przetargu był w stanie wykazać, że będzie dysponował koniecznym do wykonania zamówienia sprzętem. Ewentualnie sporządzone obecnie oświadczenie DOLKOM sp. z o.o. nie potwierdzi, że na dzień składania ofert (4 stycznia 2011 r.) Schweerbau dysponował układarką mechaniczną szyn (strona 19 oferty Schweerbau), które to urządzenie w przypadku inwestycji polegającej na przebudowie infrastruktury kolejowej w portach w Szczecinie i Świnoujściu jest urządzeniem

5

podstawowym i niezbędnym do wykonania zamówienia. Na dowód nieprawidłowej reprezentacji DOLKOM sp. z o.o. w przypadku oświadczenia zawartego na stronie 19 oferty wykonawcy Schweerbau odwołujący załączył odpis z KRS DOLKOM sp. z o.o.

2. Zarzut nr 2 – niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 i 9 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, opierając to stanowisko również na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, jak i rozporządzeniem w sprawie dokumentów, wykonawca nie podlega wykluczeniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, a warunek ten uważa się za spełniony, jeśli w stosunku do podmiotu zbiorowego nie został orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie. Również w orzecznictwie sądów powszechnych rozpoznających środki zaskarżenia od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia się wątpliwości, że wykonawca musi już w ofercie wykazać, że nie podlega wykluczeniu, nie spełniając warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Tak też stwierdził m.in. Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 października 2009 roku, sygn. akt I Ca 533/09, w którym wskazał, iż „Wykonawca dla zrealizowania obciążającego go wymogu przedłożenia przedmiotowego oświadczenia powinien zatem bądź w treści tego dokumentu zawrzeć stosowne stwierdzenie, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie (w sytuacji gdy przepisy obowiązujące na terytorium tego państwa przewidują tego typu karę) bądź też stwierdzić, że kara taka nie została orzeczona, gdyż obowiązujące ustawodawstwo nie przewiduje takiej kary.” W celu potwierdzenia spełniania stawianego warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp nie można przedstawić dokumentu, który potwierdza brak popełnienia przestępstw, za które w polskim systemie prawa orzeka się zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia, tym bardziej, gdy sankcja taka nie występuje, jak w niniejszym przypadku - w prawie niemieckim. Zgodnie z niemiecką ustawą o prowadzeniu działalności gospodarczej (GewO) w § 149 wskazuje się, jakiego rodzaju informacje wpisywane są do rejestru. Nie może być wątpliwości, że brak w tym rejestrze informacji określonych zakresem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zatem sam wykonawca - Schweerbau jak i jego komplementariusz - również spółka prawa niemieckiego - Schweerbau GmbH, mający siedzibę na terenie Niemiec, nie wykazali, iż nie podlegają wykluczeniu z niniejszego postępowania przetargowego, gdyż zakres informacji zawartych w niemieckim rejestrze pod nazwą Centralny Rejestr Działalności (strony 67-68 oferty Schweerbau) nie odpowiada swoim zakresem zakresowi informacji uzyskiwanej z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, co w konsekwencji prowadzi do uznania zarzutów odwołującego za zasadne. Celem wykazania, że nie podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania wykonawca Schweerbau

6

winien na etapie postępowania - przed wyborem najkorzystniejszej oferty - przedstawić stosowne oświadczenie, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, w zakresie wymaganym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp złożone przed niemieckim notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Porównanie zakresu gromadzonych danych w polskim Krajowym Rejestrze Karnym oraz niemieckim Centralnym Rejestrze Działalności Gospodarczej (GewerbeZentralRegister) w zakresie odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych potwierdza stanowisko, iż Federalny Urząd Sprawiedliwości (Bundesamt für Justiz) jest w Niemczech organem rejestrowym, a w zasobach tego rejestru odnotowuje się decyzje o charakterze administracyjnym, na mocy których odmówiono zgody lub cofnięto zgodę na prowadzenie określonej działalności lub prowadzenia określonego przedsięwzięcia gospodarczego. Regulacja ta dotyczy także koncesji oraz utraty kwalifikacji do prowadzenia obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją. Rejestruje się ponadto cofnięcie zezwolenia na kształcenie dzieci i młodzieży oraz zatrudnianie w celu przyuczenia do zawodu. Decyzje te mają, jak wynika z § 149 ustawy GewO, charakter administracyjny, a więc nie są one wydawane w trybie porównywalnym co do istoty z postępowaniem karnym wobec podmiotu gospodarczego. Dodatkowym elementem zbioru ww. Rejestru jest odnotowywanie orzeczeń wydanych wobec zarządcy lub pełnomocnika podmiotu gospodarczego za wykroczenia, za które orzeczono karę powyżej 200 Euro. Chodzi tu o czyny popełnione w związku z działalnością gospodarczą, ale nie określa się, o jakie czyny tu chodzi. Wyłączone są tu tylko wykroczenia drogowe, podlegające rejestracji w zbiorze komunikacyjnym. Rejestracji podlegają także skazania za przestępstwa przewidziane w ustawie z dnia 3 lutego 1995 roku o pracy przymusowej (Federalny Dziennik Ustaw I Nr 158), ustawie o zwalczaniu nielegalnego zatrudnienia z dnia 23 lipca 2004 roku (Federalny Dziennik Ustaw I s. 1842) oraz z art. 266 a niemieckiego Kodeksu karnego, penalizującego uporczywe niepłacenie wynagrodzeń przez pracodawcę oraz składek na ubezpieczenie społeczne, jeśli orzeczona kara przekracza 3 miesiące pozbawienia wolności lub 90 stawek dziennych grzywny. Poza wyliczonymi wyżej przestępstwami, w Rejestrze odnotowuje się

wyłącznie wykroczenia, a więc czyny rozpoznawane w postępowaniu o charakterze administracyjnym. Tylko bowiem w takim postępowaniu wymierza się grzywnę kwotowo - w sprawach o przestępstwa grzywna wymierzana jest w stawkach dziennych. Zgodnie z § 40 niemieckiego Kodeksu karnego (StGB) kara grzywny za przestępstwa wymierzana jest w stawkach dziennych od 5 do 360, przy czym jedna stawka wynosić może od 1 do 30 000 Euro. Powyższa analiza zakresu danych gromadzonych w Centralnym Rejestrze Działalności pomiędzy i polskim Krajowym Rejestrze Karnym pozwala uznać, że między tymi dwoma rejestrami nie zachodzi żadne podobieństwo. Odwołujący wskazywał, iż przede wszystkim prawu niemieckiemu nie jest znana odpowiedzialność podmiotu zbiorowego w

7

kategoriach zbieżnych z ustawą polską. Już sama ta okoliczność wyłącza przydatność świadectw wydawanych z GZR (Centralnego Rejestru Działalności) w postępowaniu toczącym się na podstawie polskiej ustawy Pzp. Odwołujący podnosił nadto, że adnotacje o osobach zarządzających, zamieszczone w GZR nie odnoszą się do skazań za przestępstwa (co przewiduje art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych i art. 12 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym), ale dotyczą wyłącznie wykroczeń, a więc czynów nie będących przedmiotem postępowania karnego. Zamawiający winien, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - w celu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na etapie oceny podmiotowej wykonawców stosować dla wszystkich wykonawców zasady określone w ww. przepisach ustawy Pzp i ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zdaniem odwołującego oczywistym przy tym jest, że w pełni poprawne jest przedstawienie przez wykonawcę mającego siedzibę poza granicami RP dwóch rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp mianowicie - jednego z organu sądowego właściwego dla siedziby tego wykonawcy, a drugiego w postaci oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a zakres informacji w tych dokumentach zawartych wzajemnie by się uzupełniał. W ten sposób zamawiający posiadałby pełną wiedzę w zakresie potwierdzenia spełniania warunku i w oparciu o te (kompleksowe) dokumenty mógłby dokonać stosownej i właściwej oceny. Odwołujący wskazywał, iż również w zakresie niepodlegania wykluczeniu z postępowania z uwagi na otwarcie postępowania układowego lub upadłościowego, w ocenie odwołującego, Schweerbau nie złożył dokumentów potwierdzających, iż nie podlega on wykluczeniu z niniejszego postępowania. W ocenie odwołującego także w tym zakresie podmiot prawa niemieckiego powinien okoliczność taką wykazać na podstawie oświadczenia złożonego przed niemieckim notariuszem przez reprezentantów Schweerbau.

3. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 7-8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał, iż wykonawca, którego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, nie wykazał ponadto, że spełnia wymogi podmiotowe określone w art. 24 ust. 1 pkt 7-8 ustawy Pzp, w szczególności wykonawca ten nie przedstawił w niniejszym postępowaniu dokumentu potwierdzającego, że komplementariusz tejże spółki komandytowej prawa niemieckiego nie został skazany na przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 7-8, tj.: przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie

8

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. Bezsprzecznie informacja uzyskana z Krajowego Rejestru Karnego w Rzeczypospolitej Polskiej zawiera pełny zakres danych dotyczących danej osoby (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, Dz. U. z 2000 r., Nr 50, poz. 580 z późn. zm.) i podmiotu zbiorowego, a więc nie tylko dane dotyczące prawomocnego

skazania za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 7-8 ustawy Pzp. W Republice Federalnej Niemiec Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn wydaje „zaświadczenie niekaralności” („Führungszeugnis”). Na podstawie niemieckiej ustawy o federalnym rejestrze centralnym stwierdzić można, że do rejestru wpisuje się prawomocne orzeczenia sądowe. Rejestr ten nie obejmuje jednak m.in. „skazania, w wyniku których orzeczono:

- a) karę pieniężną nie większą niż dziewięćdziesiąt stawek dziennych,
- b) karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy nie większą niż trzy miesiące, jeśli w rejestrze nie wpisana jest inna kara”.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić można, że w rejestrze niemieckim nie są wpisywane skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono kary poniżej dolnej granicy wskazanej w ustawie o federalnym rejestrze centralnym. Niewątpliwym jest więc, iż w Republice Federalnej Niemiec w „zaświadczeniu niekaralności” („Führungszeugnis”), w oparciu wyłącznie o zakres objęty polską ustawą o Krajowym Rejestrze Karnym w zestawieniu z niemiecką ustawą o federalnym rejestrze centralnym, nie są ujawniane wszystkie skazania. Fakt, iż niemieckie „zaświadczenie niekaralności” nie obejmuje skazania za wszystkie przestępstwa już w tym zakresie czyni je różnym od informacji uzyskiwanej z Krajowego Rejestru Karnego (wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 155/10 i KIO/UZP 148/10, podobnie też: wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 244/09 KIO/UZP 257/09). Odwołujący wskazywał, że w odniesieniu do przestępstw oszustw majątkowych praktyką sądów niemieckich jest orzekanie kary grzywny w wysokości nie większej niż dziewięćdziesiąt stawek dziennych, tym samym w rejestrze nie ujawnia się skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono taką właśnie karę. Możliwe zatem jest orzeczenie kary grzywny, której dolna granica jest niższa niż dolna granica poniżej której skazania nie są wpisywane do niemieckiego Rejestru, co oznacza, że skazania za przestępstwa oszustw majątkowych mogą z uwagi na orzeczoną karę nie być ujawnione w niemieckim „zaświadczeniu niekaralności”. To zaś implikuje stwierdzenie, że zakres informacji ujawniony w niemieckim „zaświadczeniu niekaralności” wydanym przez Federalny

9

Urząd Sprawiedliwości nie odpowiada nie tylko zakresowi danych uzyskiwanemu w informacji z Krajowego Rejestru Karnego w Rzeczypospolitej Polskiej, ale i też z pewnością zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, a niemieckie „zaświadczenie niekaralności” nie powinno być przedstawiane jako dokument samodzielnie potwierdzający spełnianie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. W braku takiego dokumentu bądź zaświadczenia, albo też gdy - zgodnie z art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej nie obejmują wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz 2 lit. a), b) i c) dyrektywy, a tym samym zakresu art. 24 ust. 1 pkt 7-8 ustawy Pzp mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Jeśli więc zakres niemieckiego „zaświadczenia o niekaralności” jest odmienny od informacji z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej konieczne było złożenie stosownych oświadczeń złożonych przed notariuszem odpowiednio przez: członków zarządu Schweerbau GmbH z siedzibą w Stadhagen, Niemcy.

4. Zarzut braku potwierdzenia przez Schweerbau niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawcy mieli obowiązek przedstawić zaświadczenia (dokumenty) potwierdzające, iż nie zalegają z zapłatą składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Wykonawca Schweerbau przedstawił zaświadczenie o niezaleganiu z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne wydane przez AOK dla Niedersachsen oraz z BG BAU (Branżowy Zakład Ubezpieczeń Wypadkowych Budownictwa). Zaświadczenie z AOK nie zawiera stwierdzenia o niezaleganiu przez tego wykonawcę z płatnością składek na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Inaczej jest z zaświadczeniem wydanym przez BG BAU, w którym brak zaległości został stwierdzony *expressis verbis*. Ponadto wykonawca ten nie załączył w ogóle dokumentu poświadczającego brak zaległości w płaceniu obowiązkowych składek na ubezpieczenie

społeczne wydawanych przez SOKA BAU, instytucji pobierającej obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne w branży budowlanej (Sozialkassenbeiträge - wyrażenie oznaczające tzw. kasę socjalną pobierającą składki na ubezpieczenie społeczne). Odwołujący argumentował, iż złożył wymagane dokumenty, co jest również powszechną praktyką we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których udział biorą wykonawcy mający siedzibę poza granicami Polski.

10

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 21 kwietnia 2011 r.

W dniu 21 kwietnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przekazał kopię odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Schweerbau, w którym wykonawca ten podnosił, iż odwołanie winno być oddalone, bowiem odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby oferta Schweerbau podlegała odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu. Wszelkie zarzuty odwołującego, zdaniem zgłaszającego przystąpienie, są gołosłowne i błędne oraz nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Do przystąpienia załączone były dowody przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (faxem).

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone do protokołu oraz pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3 Zdolność techniczna) oraz SIWZ (rozdział VI ust. 3 pkt 2) w zakresie warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wymagał przedstawienia w ofercie wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych na czas realizacji zamówienia w celu realizacji tego zamówienia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Zamawiający przewidział, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że do realizacji zamówienia będą mu dostępne określone urządzenia, w tym układarka mechaniczna szyn – przynajmniej 2 sztuki. Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy wykonaniu

11

zamówienia (np. oświadczenie, że podmiot ten odda wykonawcy na czas realizacji zamówienia do dyspozycji swoje zasoby potencjału technicznego).

W zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żądał na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp oraz na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1) – 6) rozporządzenia w sprawie dokumentów m.in.:

- 1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych – oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ; a jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce

zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tego odpisu – dokumentu wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości – wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

- 2) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tego zaświadczenia – dokumentu wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem 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, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 3) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tej informacji – zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp – wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem

12

terminu składania ofert. Jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp (tj. wspólnik spółki jawnej, partner lub członek zarządu spółki partnerskiej, komplementariusz spółki komandytowej oraz spółki komandytowo-akcyjnej, urzędujący członek osoby prawnej) mają miejsce organu zarządzającego zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób;

- 4) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tej informacji – dokumentu wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie – wystawionego 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zawarł zastrzeżenie, iż jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów określonych powyżej zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z zachowaniem terminów wskazanych powyżej.

Wykonawca Schweerbau w ofercie przedłożył m.in. następujące dokumenty:

1. zobowiązanie z dnia 17 listopada 2010 r. spółki Dolnośląskie Przedsiębiorstwo

Napraw Infrastruktury Kolejowej „DOLKOM” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Hubska 6, podpisane przez Prezesa Zarządu Czesława Rosę wraz z jego pieczęcią imienną oraz opatrzone pieczęcią imienną Członka Zarządu Adama Pryndy bez jego podpisu dotyczące udostępnienia wykonawcy Schweerbau potencjału technicznego w

13

-
- zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. układarki mechanicznej szyn – 1 sztuka (strona 19 oferty),
2. wypis z rejestru handlowego wydany przez Sąd Rejonowy w Stadthagen HRA 1140 z dnia 13 października 2010 r. dotyczący wykonawcy Schweerbau wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym (strona 55-58 oferty),
 3. wypis z rejestru handlowego wydany przez Sąd Rejonowy w Stadthagen HRA 165 z dnia 13 października 2010 r. dotyczący spółki Schweerbau GmbH – komplementariusza Schweerbau wraz z tłumaczeniem uwierzytelnionym (strona 59-64 oferty),
 4. zaświadczenie wydane przez Sąd Rejonowy w Bückeburg z dnia 7 października 2010 r. stwierdzające, że nie jest prowadzone postępowanie upadłościowe przeciwko wykonawcy Schweerbau wraz z tłumaczeniem (strona 65-66 oferty),
 5. informacja z Centralnego Rejestru Działalności (Auskunft aus dem Gewerbezentralregister) wydana przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn (Bundesamt für Justiz) z dnia 27 października 2010 r. poświadczająca brak wpisów wraz z tłumaczeniem (strona 67-68 oferty),
 6. poświadczenie niekaralności (Führungszeugnis) wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn (Bundesamt für Justiz) dla Pana Lutz Jelitto z dnia 6 lipca 2010 r. zawierające adnotację „brak wpisów” wraz z tłumaczeniem (strona 69-70 oferty),
 7. poświadczenie niekaralności (Führungszeugnis) wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn (Bundesamt für Justiz) dla Pana Gerhard Jelitto z dnia 4 września 2010 r. zawierające adnotację „brak wpisów” wraz z tłumaczeniem (strona 71-72 oferty),
 8. zaświadczenie o braku zastrzeżeń - § 28e Abs. 3F SGB IV - wydane przez AOK Kasa Zdrowotna dla Dolnej Saksonii z dnia 25 listopada 2010 r. wraz z tłumaczeniem (strona 75-76 oferty), w którym stwierdzono, iż: *„Odnosnie płatności za składki na ubezpieczenia społeczne, potwierdzamy, że nie posiadamy żadnych zastrzeżeń, żeby podany w polu adresowym pracodawca brał udział w postępowaniach o zamówienia publiczne”*,
 9. zaświadczenie o braku zastrzeżeń wydane przez BG BAU Branżowy Zakład Ubezpieczeń Wypadkowych Budownictwa Administracja Okręgowa München z dnia 25 listopada 2010 r. wraz z tłumaczeniem (strona 77-78 oferty) potwierdzające, iż: *„Zaświadczamy niniejszym, że są Państwo członkami naszego zakładu ubezpieczeń i do dnia dzisiejszego spełniliście Państwo swoje zobowiązania składkowe co do ustawowych ubezpieczeń od wypadków”*.

14

Zamawiający na podstawie powyższych dokumentów uznał, iż wykonawca Schweerbau wykazał w sposób należyty spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i dokonał wyboru jego oferty.

W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła zgłoszony przez zamawiającego i popierany przez przystępującego wykonawcę Schweerbau wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Wnioskodawcy argumentowali, iż w treści odwołania oraz pełnomocnictwie do jego wniesienia wymieniony został podmiot Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce (jako lider konsorcjum z Budimex S.A.), natomiast oferta

złożona została przez spółkę prawa niemieckiego Leonhard Weiss GmbH & Co.KG (jako lidera konsorcjum z Budimex S.A.) uprawnioną do wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce. Izba uznała, iż w niniejszym stanie faktycznym dla zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp niezbędne byłoby wykazanie braku tożsamości pomiędzy podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu przetargowym a wnoszącym odwołanie. Tymczasem w ocenie Izby w przedmiotowym przypadku tożsamość oferenta i odwołującego nie budzi wątpliwości. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania i reprezentacji odwołującego udzielone zostało przez pana Markusa S. działającego na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 28 lutego 2011 r. udzielonego w imieniu konsorcjum obejmującego podmioty: spółkę Leonhard Weiss GmbH & Co.KG uprawnioną do wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce (jako lidera konsorcjum) oraz Budimex S.A. (partnera), które to konsorcjum powołane zostało w celu wspólnego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Powyższa okoliczność, jak i zakres upoważnienia nie były zresztą przez zamawiającego ani przystępującego Schwebbau kwestionowane. Ponadto w treści samej oferty odwołującego posługiwano się określonymi danymi oddziału w Polsce – wskazano jego adres, używano pieczęci zarówno oddziału w Polsce, jak i niemieckiej spółki komandytowej i taki sposób prezentacji wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia nie budził wątpliwości zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby pominięcie w treści odwołania sformułowania, iż spółka Leonhard Weiss GmbH & Co.KG jest uprawniona do wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ramach

15

Leonhard Weiss GmbH & Co.KG Sp. k. Oddział w Polsce i w takiej formule występuje również jako odwołujący stanowić może co najwyżej uchybienie formalne co do sposobu określenia lidera konsorcjum w treści odwołania, natomiast w żadnym razie nie świadczy o tym, iż zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby odwołanie należy rozpatrywać łącznie z przedkładanymi wraz z odwołaniem dokumentami, a te jednoznacznie wskazują, w jakim charakterze występuje oddział przedsiębiorcy zagranicznego w niniejszym postępowaniu. Przedstawiane przez przystępującego przykłady orzecznictwa, tj. wyrok Zespołu Arbitrów z 9 lipca 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-798/07 czy wyrok Zespołu Arbitrów z 14 grudnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2909/06 odnoszą się do innej sytuacji, a mianowicie, czy oddział przedsiębiorcy zagranicznego może być samodzielnym wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uznając, iż nie ma takiej możliwości), podczas gdy w niniejszym postępowaniu status wykonawcy oraz kto złożył ofertę – oddział czy spółka zagraniczna - nie budzi żadnych wątpliwości. Ponadto kwestia, iż oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada zdolności do składania samodzielnych oświadczeń woli, a zatem każde działanie i oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego uznać należy za oświadczenie tego przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne w odniesieniu do tegoż przedsiębiorcy, została już w orzecznictwie przesądzona. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 27 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 163/09 KIO 164/09 stwierdzono, co następuje: *"W świetle przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. Nr 155 poz 1095 z późn. zm.), zwanej dalej „USDG” oferta odwołującego została oznaczona i tym samym złożona prawidłowo poprzez wskazanie i zamieszczenie w formularzu ofertowym wykonawców występujących wspólnie, w tym jednego występującego pod firmą oddziału w Polsce, przedsiębiorcy zagranicznego. Zgodnie z art. 85 powołanej ustawy przedsiębiorcy zagraniczni korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m.in. poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Natomiast w świetle art. 86 przedsiębiorca zagraniczny tworząc oddział w Polsce i za jego pomocą wykonując działalność w kraju, może wykonywać jedynie działalność tożsamą z jego działalnością za granicą. Całość uregulowań USDG wskazuje, iż ustawa nie przyznaje i nie statuuje jakiegokolwiek działalności własnej oddziału, ale w świetle przepisów ustawy cały czas mamy do czynienia z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego wykonywaną za pomocą swojego oddziału. Dodatkowo należy podnieść, iż oddział nie ma żadnych własnych organów, ale wykonawca zagraniczny jedynie ustanawia i uwidacznia w KRS osobę uprawnioną do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale (nie do reprezentowania oddziału – takie twierdzenie można potraktować tylko jako pewien skrót*

Każde działanie i każde oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale uznać należy za oświadczenie przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne w odniesieniu do tego przedsiębiorcy. W świetle powyżej powołanych przepisów przyjąć należy, iż oferta oznaczona jako oddział przedsiębiorcy zagranicznego jest ofertą przedsiębiorcy, którego statusu prawny jest jasny i znany. W opinii Izby niezrozumiałe jest przypisywanie oddziałowi zobowiązaniowej i organizacyjnej odrębności w stosunku do przedsiębiorcy, który go utworzył, objawiające się na przykład poprzez twierdzenie, iż jakoby oddział przedsiębiorcy zagranicznego składa jakieś oferty czy zaciąga inne zobowiązania, które są odrębnymi od zobowiązań przedsiębiorcy. Nie jest więc dla Izby jasny status ontologiczny i prawny przypisywany przez zamawiającego czynności „składania oferty przez oddział”, skoro jak wykazano oddział nie jest odrębnym od przedsiębiorcy bytem prawnym, ani nie może składać nie będących czynnościami wykonawcy oświadczeń woli.”

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jego oferta została sklasyfikowana jako druga pod względem ceny (jedyne kryterium – cena), a zatem ma on możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwość na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu wraz z modyfikacjami, SIWZ z modyfikacjami, ofertę wykonawcy Schweerbau oraz odwołującego, informację o wyniku postępowania, protokół postępowania, odpis pełny z KRS DOLKOM sp. z o.o. przedłożony przez odwołującego. Izba odmówiła natomiast na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa niemieckiego na okoliczność ustalenia, czy zakres danych umieszczanych przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Centralnym Rejestrze Działalności oraz poświadczeniach o karalności lub niekaralności odpowiada zakresowi danych ujawnianych w Krajowym Rejestrze Karnym, który to wniosek złożony został przez odwołującego z uwagi na stanowisko przystępującego Schweerbau, iż twierdzenia odwołującego w tym zakresie są nieścisłe czy gołosłowne. Izba uznała, iż przedmiotowy wniosek dowodowy złożony został jedynie dla zwłoki i nie jest niezbędny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba stanęła na stanowisku, iż dla wykazania powyższej okoliczności nie jest niezbędne odwoływanie się do opinii biegłego, lecz wystarczającym byłoby przedłożenie wyciągów z właściwych przepisów prawa niemieckiego wraz z tłumaczeniem. Odwołujący będący profesjonalistą, który nie podjął inicjatywy dowodowej w tym zakresie, powołując się

równocześnie na brzmienie określonych regulacji prawa niemieckiego w treści odwołania, nie może zastępować własnej aktywności, której zaniechał, dowodami, których przeprowadzenie nie jest niezbędne z punktu widzenia rozstrzygnięcia postępowania, a skutkowałoby jego nieuzasadnionym przedłużeniem. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. Uwzględniając zatem kontradyktoryjny charakter postępowania oraz wynikające art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strona dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązana jest bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzi skutki prawne, co, przy określonym zaangażowaniu własnym, mogła uczynić. Ponadto twierdzenie przystępującego Schweerbau, jakoby odwołujący powoływał się w niewłaściwy sposób na regulacje prawa niemieckiego pozostało bez dowodu. Tym samym Izba uznała, iż zakres informacji dotyczących prawa niemieckiego wskazany w odwołaniu jest wystarczający dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na poniższą

argumentację.

1. Zarzut nr 1 - niewykazania dysponowania sprzętem koniecznym do wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Schweerbau jako nieopowiadającej treści SIWZ z uwagi na to, iż wykonawca ten nie przedłożył zgodnie z wymogiem SIWZ oświadczeń o dysponowaniu sprzętem, tj. układarką mechaniczną szyn (rozdział VI ust. 3 pkt 2) SIWZ). Przede wszystkim podnieść należy, iż wymóg dysponowania układarką mechaniczną szyn dotyczy warunku odnoszącego się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (warunku podmiotowego). Tym samym niewykazanie dysponowania ww. układarką mechaniczną szyn może skutkować wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a nie odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ. Sankcja w postaci odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, o której mowa w powołanym przez odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczyć może ewentualnie tzw. warunków przedmiotowych, tj. odnoszących się do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji. Tym samym podstawa prawna zarzutu przywołana została przez odwołującego błędnie. Jednakże, zdaniem Izby, pomimo nieprawidłowej kwalifikacji prawnej, badając zasadność podniesionego zarzutu, należy odnieść się do jego istoty, co sprowadza się do oceny, czy

18

wykonawca Schweerbau w prawidłowy i skuteczny sposób wykazał dysponowanie sprzętem koniecznym do wykonania zamówienia, a zarazem czy czynność zamawiającego, który dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej była prawidłowa. Na takie okoliczności jednoznacznie wskazuje uzasadnienie faktyczne zarzutu i Izba nie może pominąć ich badania i weryfikacji zasadności. Powyższe nie będzie zatem wykroczeniem poza dyspozycję art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, ponieważ Izba dokonuje jedynie oceny prawnej okoliczności wskazanych już przez odwołującego, a dotyczących określonych czynności/zaniechań zamawiającego w postępowaniu. Izba nie jest natomiast związana zakresem żądań podnoszonych w związku z zarzutami.

Dla oceny, czy wykonawca Schweerbau wykazał dysponowanie sprzętem w wymaganym przez zamawiającego zakresie niezbędna jest zatem weryfikacja prawidłowości zobowiązania spółki DOLKOM sp. z o.o., która zobowiązała się udostępnić wykonawcy Schweerbau niezbędne zasoby w postaci układarki mechanicznej szyn oraz wskazanie na konsekwencje prawne uznania, iż zobowiązanie to nie jest prawidłowe. W uzasadnieniu faktycznym zarzutu odwołujący wskazywał, iż oświadczenie DOLKOM sp. z o.o. zostało złożone z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki, ponieważ podpisane zostało tylko przez Prezesa Zarządu, podczas gdy zgodnie z umową spółki, w przypadku zarządu wieloosobowego reprezentacja jest dwuosobowa. Oświadczenie jest zatem nieważne i DOLKOM sp. z o.o. nie jest nim związana. Zdaniem odwołującego nie ma możliwości uzupełnienia oświadczenia, ponieważ wymagałoby to antydatowania tego dokumentu. Odwołujący argumentował, iż ewentualne sporządzone obecnie oświadczenie DOLKOM sp. z o.o. nie jest w stanie potwierdzić, iż wykonawca Schweerbau dysponował układarką mechaniczną szyn, które to urządzenie ma charakter podstawowy i jest niezbędne do wykonania zamówienia.

Izba wskazuje, iż oceniając sposób składania oświadczeń woli przez DOLKOM sp. z o.o. uznać należy, iż odwołujący wykazał, że dla skutecznej reprezentacji tej spółki w przypadku zarządu wieloosobowego niezbędne jest współdziałanie dwóch osób – Prezesa Zarządu i Członka Zarządu, dwóch Członków Zarządu lub Członka Zarządu wraz z prokurentem, jak również, iż w dacie składania zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy Schweerbau (17 listopad 2010 r.) zarząd tej spółki składał się z trzech osób. Wskazuje na to przedłożony przez odwołującego odpis pełny z KRS DOLKOM sp. z o.o., z którego wynika zarówno sposób reprezentacji, jak i skład Zarządu. Ponadto odwołujący w swojej ofercie przedłożył oświadczenie tej samej spółki DOLKOM sp. z o.o. udostępniającej zasoby na rzecz odwołującego, który to dokument został podpisany przez dwie osoby – Prezesa Zarządu i Członka Zarządu. Dodatkowo należy stwierdzić, iż na

zobowiązaniu z dnia 17 listopada 2010 r. widnieje podpis i pieczęć Pana Czesława Rosy – Prezesa Zarządu oraz pieczęć Pana Adama Pryndy – Członka Zarządu, który jednak nie złożył swojego podpisu. Tym samym w ocenie Izby nawet bez znajomości zasad reprezentacji DOLKOM sp. z o.o. już te okoliczności powinny skutkować co najmniej powstaniem po stronie zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości oświadczenia złożonego w ofercie Schweerbau, w tym co do charakteru, w jakim działał Prezes Zarządu Pan Czesław Rosa. Izba zgadza się, iż nie jest wykluczone, że mógł on występować jako pełnomocnik Zarządu w zakresie tej czynności, jednak żadne okoliczności nie wskazują na taki charakter jego działania. Powyższe nie zostało także wykazane na etapie postępowania odwoławczego. W ocenie Izby przedmiotowe zobowiązanie nie uprawniało zatem zamawiającego do wniosku, iż wykonawca Schweerbau zadośćuczynił obowiązkowi udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na który to obowiązek jednoznacznie wskazuje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż należy przyznać rację odwołującemu, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winno być sporządzone zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu, który takie zobowiązanie podejmuje. Jest to bowiem niewątpliwie oświadczenie woli, którego celem jest wywołanie określonego skutku prawnego w postaci zapewnienia dysponowania zasobem niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż nie miał on możliwości weryfikacji prawidłowości oświadczenia przedkładanego przez Schweerbau w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten wyraźnie zatem przewiduje, iż to wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobem. W ocenie Izby dla udowodnienia dysponowania zasobem niezbędne jest, aby zobowiązanie przedkładane zamawiającemu miało charakter wiążący i skuteczny. Izba przyznaje, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak

20

np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które przewiduje, iż jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, a nie obejmują one przedmiotowego przypadku. Powyższe jednak, zdaniem Izby, oznacza jedynie to, iż, w świetle przedstawionych powyżej regulacji, zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie w celu wykazania zasad ich reprezentacji, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie będzie on także uprawniony do żądania uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast nie jest to równoznaczne z koniecznością zaakceptowania jakiegokolwiek dokumentu przedłożonego przez wykonawcę, także takiego, który budzi lub winien budzić wątpliwości zamawiającego co do jego skuteczności. Wskazuje na to wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający ma w opinii Izby uprawnienie do weryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu można mówić tylko wówczas, gdy zobowiązanie do udostępnienia (o ile taki dokument jest przedkładany na

potwierdzenie dysponowania zasobami) jest prawnie skuteczne i wiążące. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do zastosowania obligatoryjnej procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, która niewątpliwie dotyczy także zobowiązań o udostępnieniu zasobów przedkładanych na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jest to bowiem oświadczenie/dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp nie może bowiem prowadzić do odmówienia mu właściwości dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu. Oznacza to równocześnie, iż w razie stwierdzenia nieprawidłowości takiego oświadczenia/zobowiązania czy innego dokumentu składanego w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, podlegał on będzie uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Generalnej dopuszczalności uzupełnienia zobowiązania przewidzianego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie kwestionuje także sam odwołujący. Wskazuje jednak, iż w przedmiotowym przypadku nie odniesie ono skutku w postaci wykazania spełnienia warunku na dzień składania ofert, ponieważ wymagałoby antydatowania dokumentu, tj. dokonania czynności zakazanej przez prawo. Izba nie podziela powyższej argumentacji. W ocenie Izby stwierdzenie w wyniku procedury wyjaśniającej, iż oświadczenie takie jest nieprawidłowe, podlega obowiązkowi wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w każdym przypadku, chyba że

21

oferta podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu dysponowanie zasobem, w szczególności poprzez przedstawienie stosownego zobowiązania podmiotu trzeciego. Zgodnie z zacytowanym wyżej przepisem, zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów jest zatem dokumentem wskazanym przez ustawodawcę jedynie przykładowo, o czym świadczy użycie zwrotu „w szczególności”. Zamawiający nie może zatem z góry zakładać, iż wykonawca nie będzie w stanie przedstawić prawidłowego zobowiązania czy innego typu dowodów potwierdzających w wystarczający sposób udostępnienie zasobów. Ponadto powyższe zobowiązanie ma charakter dokumentu prywatnego, tym samym podstawowe znaczenie ma nie tyle data dokumentu, ale okoliczność, aby wykazywał on, iż w dacie składania ofert uzgodnienia pomiędzy podmiotami obejmowały udostępnienie zasobów wymaganych przez zamawiającego, czy też że podmioty te łączy określone porozumienie w tym zakresie. Z istoty i treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika bowiem, iż data uzupełnianego dokumentu nie decyduje o skuteczności wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe rozważania oraz argumentację odwołującego, należy przyjąć, iż wprawdzie w przedmiotowym stanie faktycznym nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty Schweerbau z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak błędnie argumentował odwołujący, jednak równocześnie potwierdził się zarzut, że zamawiający bezpodstawnie uznał zobowiązanie DOLKOM sp. o.o. jako wystarczający dowód potwierdzający udostępnienie niezbędnych zasobów w zakresie potencjału technicznego (układarka mechaniczna szyn), a zarazem i wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zasadna jest bowiem argumentacja odwołującego, iż zobowiązanie DOLKOM sp. z o.o. nie może być uznane za nie budzące wątpliwości, skoro zasady reprezentacji spółki ujawnione w KRS wymagają dla skuteczności oświadczeń woli w przypadku zarządu wieloosobowego reprezentacji łącznej, a zobowiązanie podpisane zostało tylko przez Prezesa Zarządu, przy równoczesnym złożeniu pieczęci przez drugiego Członka Zarządu bez podpisu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał wyjaśnienia zobowiązania DOLKOM sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy pomimo wątpliwości co do prawidłowości reprezentacji osoby działającej w imieniu DOLKOM sp. z o.o. Zamawiający nie wyjaśnił zatem okoliczności, która potencjalnie może skutkować koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania, do czego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wprawdzie sposób sformułowania zarzutu przez odwołującego, jak i wniosków z niego wynikających nie był prawidłowy, jednak potwierdziła się okoliczność, iż zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny w zakresie wykazania przez wykonawcę Schweerbau spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

22

dysponowania wymagany potencjałem technicznym, na co wskazywał odwołujący. Tym samym konieczne jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający winien wezwać wykonawcę Schwebbau do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do prawidłowości przedłożonego zobowiązania DOLKOM sp. z o.o., a jeżeli z wyjaśnień wynikać będzie, iż zobowiązanie jako podpisane z naruszeniem zasad reprezentacji lub bez stosownego szczególnego umocowania nie może być uznane za prawnie skuteczne, do przedłożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentu/dowodu potwierdzającego dysponowanie wymaganymi zasobami w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

2. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieotwarcie likwidacji i nieogłoszenie upadłości.

Odwołujący wskazywał, iż w zakresie niepodlegania wykluczeniu z postępowania z uwagi na nieotwarcie postępowania likwidacyjnego lub nieogłoszenie upadłości podmiot prawa niemieckiego winien powyższe okoliczności wykazać na podstawie oświadczenia złożonego przed niemieckim notariuszem przez reprezentantów Schwebbau. Wykonawca Schwebbau natomiast argumentował, iż odwołujący nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania w tym zakresie, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z czym Izba w oparciu o art. 192 ust. 7 ustawy Pzp winna zarzut ten jako niespełniający przesłanek z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oddalić jako błędny i nieuzasadniony. Ponadto wskazywał, iż w przypadku otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości odpowiednie informacje w tym zakresie zostałyby zamieszczone w wypisie z rejestru handlowego. Powołał w tym zakresie ustalenia wynikające z wyroku z dnia 6 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10. Izba nie podziela stanowiska przystępującego o niemożności rozpatrzenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Przepis ten dotyczy bowiem wyłącznie sytuacji, gdy zarzutu nie można ustalić na podstawie treści odwołania. Tymczasem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do niewykazania braku podstaw do wykluczenia dotyczących nieotwarcia likwidacji lub nieogłoszenia upadłości niewątpliwie został przez odwołującego postawiony ze wskazaniem w uzasadnieniu, iż wykonawca Schwebbau nie wykazał braku powyższej przesłanki wykluczenia, ponieważ nie załączył stosownego oświadczenia złożonego przed notariuszem. Tym samym zarzut podlega rozpatrzeniu. Czym innym jest natomiast ocena zasadności zarzutu, która sprowadza się do badania słuszności argumentacji odwołującego i przedstawionych przez niego dowodów na poparcie tej argumentacji. Postępowanie przed Izbą, jak już zaznaczono, jest postępowaniem kontradyktoryjnym i zgodnie z ogólną regułą

23

dowodową wyrażoną w art. 6 Kc zobowiązanym do przeprowadzenia dowodów jest ten, kto z danego twierdzenia wywodzi skutki prawne.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Jak twierdził wykonawca Schwebbau na potwierdzenie tych okoliczności przedstawił wypis z rejestru handlowego wydany przez sąd rejonowy w Stadthagen HRA 1140, w którego treści brak wzmianki o otwarciu likwidacji czy ogłoszeniu upadłości, które, gdyby miały miejsce, byłyby tam odnotowane. Przedmiotowy wypis z rejestru handlowego zawiera informację, iż dotychczas w rejestrze zamieszczono tylko 1 wpis dotyczący wykonawcy, co wskazuje na okoliczność, iż jedynym wpisem był wpis spółki do rejestru. Ponadto wykonawca Schwebbau przedstawił w ofercie zaświadczenie sądu rejonowego w Bückeburg z dnia 7 października 2010 r., iż przeciwko wykonawcy Schwebbau w chwili obecnej nie jest prowadzone postępowanie upadłościowe. Izba uznaje, iż odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, na jakiej podstawie uważa, iż jedynie oświadczenie potwierdza brak podstawy do wykluczenia w zakresie nieotwarcia postępowania likwidacyjnego lub

upadłościowego i nie jest dopuszczalne oparcie się w tym zakresie na treści odpisu (wypisu) z rejestru handlowego. Odwołujący w żaden sposób nie podważył twierdzenia, iż fakt otwarcia likwidacji (a także ogłoszenia upadłości) odnotowywany jest w rejestrze handlowym, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż w jego opinii niezbędne w tym zakresie jest oświadczenie złożone przed notariuszem. Izba zauważyła, iż zgodnie z treścią §4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów możliwość zastąpienia dokumentu urzędowego, o jakim mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego istnieje dopiero wówczas, gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1. Odwołujący winien zatem wykazać, iż w Niemczech nie ma możliwości uzyskania dokumentu potwierdzającego nieotwarcie likwidacji, a odpis z rejestru handlowego nie jest w tej mierze wystarczający. Zarzut w tym zakresie należy zatem uznać za nieudowodniony. Co do nieogłoszenia upadłości odwołujący w żaden sposób nie wskazał na nieprawidłowość zaświadczenia sądu rejonowego w Bückeburg z dnia 7 października 2010 r. przedłożonego przez wykonawcę Schweerbau, toteż zarzut w zakresie niewykazania braku podstawy do wykluczenia z uwagi na nieogłoszenie upadłości jest

24

niezasadny. Ponadto tak jak w przypadku zobowiązania do udostępnienia zasobów sankcja wykluczenia może nastąpić dopiero po wyczerpaniu procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

4. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - brak potwierdzenia przez Schweerbau niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne

Odwołujący argumentował, iż z treści zaświadczenia z dnia 25 listopada 2010 r. wydanego przez AOK Kasa Zdrowotna dla Dolnej Saksonii dla wykonawcy Scheerbau nie wynika, iż wykonawca ten nie zalega z płatnością składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, a zatem, iż nie wykazał braku podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS) wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W ofercie Schweerbau załączono wydane przez AOK Kasa Zdrowotna dla Dolnej Saksonii zaświadczenie o braku zastrzeżeń wydane na podstawie § 28e Abs. 3F SGB IV, w którym, zgodnie z tłumaczeniem, stwierdzono, iż: „Odnosnie *płatności za składki na ubezpieczenia społeczne, potwierdzamy, że nie posiadamy żadnych zastrzeżeń, żeby podany w polu adresowym pracodawca brał udział w postępowaniach o zamówienia publiczne*”. W ocenie Izby przedmiotem zarzutu odwołującego było nie tyle to, że Schweerbau nie przedstawił zaświadczeń z innych instytucji właściwych dla poboru składek (stąd przywoływana przez wykonawcę Schweerbau argumentacja o zdecentralizowanym charakterze systemu ubezpieczenia zdrowotnego w Niemczech pozostaje w istocie bez znaczenia dla oceny zasadności podniesionego zarzutu), lecz treść przedłożonego zaświadczenia AOK, z której nie wynika jednoznacznie, iż warunek dotyczący składek jest spełniony. Nie wykazał zatem okoliczności wymaganej przepisem i stanowisko odwołującego uznać należy za zasadne. Rzeczywiście treść zaświadczenia nie przesądza w sposób stanowczy, iż wykonawca Schweerbau nie zalega z opłacaniem składek lub że zaistniały inne okoliczności

25

przewidziane przepisem (uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub

rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu). Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż dopuszczalne byłoby stwierdzenie równoznaczne, ale w opinii Izby w przedmiotowym przypadku ww sformułowania za równoznaczne nie można uznać. Przywołuje ono jako podstawę prawną określony przepis prawa niemieckiego, który nie został przetłumaczony. Jak wskazał przystępujący jest to regulacja zawarta w niemieckim kodeksie ubezpieczeń socjalnych, przy czym nie przedstawił dowodu, aby przywołana podstawa prawna stwierdzała okoliczność wystarczającą dla uznania, iż wykonawca wykazał brak podstawy do wykluczenia określonej w ww przepisie. Nie wykazał także, iż zaświadczenie o braku zastrzeżeń wydaje się tylko w sytuacji braku zaległości. Nie można zgodzić się z opinią wykonawcy Schweerbau prezentowaną na rozprawie, iż jedynie wykazanie przez odwołującego, że przedmiotowe zaświadczenie nie potwierdza zgodnie z prawem niemieckim niezalegania z zapłatą składek stanowić mogłoby podstawę do uznania zasadności zarzutu. Przedmiotem zarzutu oraz oceny Izby jest określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a zatem weryfikacja czy w stanie faktycznym danej sprawy postępowanie zamawiającego było właściwe z punktu widzenia zgodności z przepisami ustawy Pzp. Innymi słowy czy w oparciu o posiadane informacje zasadnie uznał on, iż wykonawca w sposób należyty wykazał brak podstawy do wykluczenia. W ocenie Izby skoro zamawiający, jak sam podkreślał, nie jest specjalistą prawa niemieckiego, otrzymując zaświadczenie, w którego treści brak było jednoznacznego stwierdzenia braku zaległości, a jedynie odwołanie do braku zastrzeżeń odnośnie ubiegania się o zamówienie publiczne i które wskazywało na określony przepis prawa niemieckiego, nie miał podstaw do stanowczego stwierdzenia, iż wykonawca zadośćuczynił wymogowi przewidzianemu ustawą Pzp i rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Skoro zatem treść zaświadczenia nie wskazuje jednoznacznie na brak zaległości, a zamawiający, nie znał regulacji prawa niemieckiego wskazanej w treści zaświadczenia jako podstawy jego wydania, winien był zatem wyjaśnić przedmiotową okoliczność w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aby mieć pewność co do wykazania braku podstawy do wykluczenia w tym zakresie, czego jednak zaniechał. Tym samym Izba uznaje za niezbędne w celu potwierdzenia braku ww podstawy do wykluczenia wezwanie do wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz w razie potrzeby, gdyby otrzymane wyjaśnienia nie potwierdziły braku podstawy do wykluczenia, wezwanie do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zarzut odwołującego co do niewłaściwej oceny przez zamawiającego zaświadczenia AOK uznać należy w powyższym zakresie za zasadny, aczkolwiek przedwczesny jest wniosek odwołującego co do konieczności wykluczenia wykonawcy z tej przyczyny.

26

Odwołujący twierdził ponadto, iż wykonawca Schweerbau winien był także wykazać, iż nie zalega z zapłatą składek na rzecz SOKA BAU jako instytucji, wedle jego opinii, pobierającej obowiązkowe składki na ubezpieczenia społeczne w branży budowlanej. Odwołujący nie wykazał jednak, iż instytucja ta rzeczywiście objęta jest systemem obowiązkowych ubezpieczeń społecznych obowiązujących w Niemczech, a zatem, iż składki odprowadzane na jej rzecz mają charakter składek na ubezpieczenia społeczne, o których mowa w przywoływanym przepisie. Odwołujący nie zaprzeczał też, iż podstawowym celem SOKA BAU jest wypłata pracowniczych roszczeń urlopowych w branży budowlanej, które, zdaniem Izby, nie mogą być uznane za tożsame ze świadczeniami z tytułu ubezpieczenia społecznego, chyba że zostałyby wykazane, iż na gruncie prawa niemieckiego mają one taki charakter. Okoliczność, iż odwołujący przedłożył dokumenty potwierdzające niezaleganie z uiszczaniem składek na rzecz SOKA BAU, nie oznacza iż były to dokumenty wymagane, a ich niezłożenie stanowi podstawę dla oceny, iż nie wykazano braku podstawy do wykluczenia z postępowania w przedmiotowym zakresie.

3. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 7-8 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy art. 24 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Schweerbau, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających, iż wobec spółki Schweerbau oraz spółki komplementariusza - Schweerbau GmbH sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie

przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a ponadto również osoby reprezentujące Schweerbau nie wykazały, że nie zostały skazane prawomocnie 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. Ponadto odwołujący stwierdzał, iż zakres niemieckich „zaświadczeń o niekaralności” dotyczących osób reprezentujących wykonawcę Schweerbau przedłożone przez wykonawcę Schweerbau jest odmienny od informacji z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej, toteż konieczne było złożenie stosownych oświadczeń złożonych przed notariuszem przez członków zarządu Schweerbau GmbH.

27

Izba wskazuje, iż powyższego stanowiska nie sposób uznać za zasadne. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, którym jest spółka komandytowa lub spółka komandytowo-akcyjna, jeśli komplementariusza takiej spółki prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo popełnione 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. W celu wykazania, że nie zachodzi wskazana okoliczność, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów wykonawca zagraniczny winien przedłożyć w postępowaniu zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a jeśli dokumentu takiego nie wydaje oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym lub organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania do przypadku, gdy komplementariuszem spółki komandytowej będzie osoba prawna, tak jak w niniejszej sprawie. Przestępstwa, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione jedynie przez osoby fizyczne. Gdyby więc komplementariuszem spółki komandytowej wchodzącej w skład ubiegającego się wspólnie o zamówienie konsorcjum była osoba fizyczna, wówczas taki dokument należałoby przedłożyć. Osoba prawna będąca komplementariuszem spółki komandytowej ubiegającej się wspólnie o zamówienie publiczne co najwyżej podlega odpowiedzialności w trybie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661) (dalej „ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary”). Zgodnie z przepisami powyższej ustawy wobec osoby prawnej orzeka się karę pieniężną, przepadek przedmiotów i korzyści oraz pewnego rodzaju środki karne. W tym zakresie – zgodnie z przepisami tej ustawy - możliwe jest wydanie wobec takiego podmiotu wyroku orzekającego brak podstaw lub też podstawy odpowiedzialności takiego podmiotu. W trybie przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary nie jest natomiast możliwe uzyskanie wyroku skazującego za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykładnia gramatyczna wskazanych przepisów pozwala na przyjęcie jednoznacznego stanowiska, że w przypadku komplementariusza spółki komandytowej, którym jest osoba prawna brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie możliwe. Wobec

28

takich, a nie innych zapisów ustawowych niedozwolona jest w tym zakresie wykładnia rozszerzająca co do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Skoro zatem takich okoliczności nie stwierdza się wobec podmiotu polskiego takie same zasady dotyczą także podmiotu zagranicznego. Zdaniem Izby, wykładnia rozszerzająca przepisów dotyczących

zamówień publicznych dopuszczalna jest jedynie przy badaniu i ocenie praw wykonawców. Nie jest natomiast możliwa przy ocenie obowiązków wykonawców.

Natomiast informacja co do podmiotu zbiorowego, jakim niewątpliwie jest komplementariusz spółki ubiegającej się o zamówienie publiczne, tj. brak zakazu ubiegania się o zamówienie, wymagana jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – wyłącznie od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. W przedmiotowym postępowaniu podmiotem ubiegającym się o zamówienie jest konsorcjum składające się ze spółki komandytowej prawa niemieckiego Schweerbau GmbH & CO.KG. oraz Budimex S.A. Co do spółki Schweerbau GmbH & CO.KG. przedstawiono zaświadczenie z Centralnego Rejestru Działalności na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie dokumentów. Spółka Schweerbau GmbH będąca tylko komplementariuszem spółki ubiegającej się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zobowiązana do przedstawiania informacji z zakresu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, gdyż nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu oraz jak wskazano powyżej obowiązkowi takiego nie sposób wyinterpretować na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Brak jest także uzasadnienia dla rozszerzającej interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 7 czy 8 ustawy Pzp na osoby fizyczne - członków organu zarządzającego komplementariusza będącego osobą prawną, ponieważ ustawa Pzp nie stwarza takiej podstawy prawnej. Ustawa Pzp nie dopuszcza możliwości wykluczenia spółki komandytowej z uwagi na ewentualne skazanie członka zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie w sprawie dokumentów nie przewiduje obowiązku dostarczenia aktualnej informacji odnośnie karalności tej osoby fizycznej, żądanie zaś takiej informacji w formie zaświadczenia wykraczałoby poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów oraz zamknięty katalog przyczyn, dla których może nastąpić wykluczenie. Izba nie neguje celowości żądania takiego dokumentu, skoro osoba reprezentująca komplementariusza jednocześnie reprezentuje spółkę komandytową (także sam przystępujący przedłożył przedmiotowe dokumenty), jednak w chwili obecnej regulacja ustawy Pzp nie stwarza takiej podstawy. Nie jest także uzasadnione zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ dotyczy on wykonawców będących osobą prawną, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwa

29

wymienione w tym przepisie, co nie obejmuje przedmiotowego przypadku. Tym samym okoliczność, że wykonawca Schweerbau przedłożył zaświadczenia niekaralności dla członków zarządu komplementariusza nie oznacza, iż taki obowiązek spoczywał na nim zgodnie z regulacją ustawy Pzp czy rozporządzenia w sprawie dokumentów. Oznacza to zarazem, iż dla oceny niniejszej sprawy nie ma przesądzającego znaczenia rozstrzygnięcie, czy zaświadczenie o niekaralności dla osoby fizycznej wydawane w Niemczech może być uznane za właściwe czy też należy uznać, iż dokument ten z uwagi na jego odmienny zakres winien być zastąpiony oświadczeniem. Jednakże niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż podziela stanowisko uznające prawidłowość tego dokumentu na potrzeby występowania w procedurze przetargowej, przywołując w tym zakresie argumentację zawartą m.in. w wyroku KIO z 25 marca 2011 r. sygn. akt KIO 514/11, gdzie stwierdzono: *„Izba stoi na stanowisku, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, w sytuacji, kiedy urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale w kraju tym wydaje się zaświadczenia w przedmiocie karalności, wystarczającym jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie jest przy tym wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiście jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się zarówno katalogiem czynów zabronionych, przesłanek popełnienia czynu, jak też wysokością kary. §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo*

dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co w oczywisty sposób każdorazowo prowadziłoby do stwierdzenia różnic pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi, czyniąc przepis martwym. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca uwzględnił różnice w systemach prawnych każdego z państw. Stanowisko takie zaprezentował również Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 225/10. Powyższe stanowisko jest również zgodne z art. 45 ust. 3 lit a Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym za wystarczający dowód niekaralności należy uznać wyciąg z rejestru sądowego. Wskazana przez Odwołującego treść art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE nie określa obowiązku występowania przez zamawiającego do organów obcego państwa - statuuje jedynie

30

możliwość wystąpienia o współpracę do właściwych organów w sytuacji, gdyby zaistniały wątpliwości co do niekaralności danej osoby.”

4. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania podstawy do wykluczenia w zakresie art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy Pzp, gdyż przedłożony przez Schweerbau wypis z Centralnego Rejestru Działalności nie odpowiada swym zakresem informacjom objętym zakresem przepisu z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, Izba uznała, iż w jej ocenie informacja z Centralnego Rejestru Działalności przedłożona przez wykonawcę Schweerbau z adnotacją „bez wpisów” jest wystarczająca dla wykazania okoliczności wskazanych w tym przepisie i nie jest niezbędne przedstawienie oświadczenia zamiast zaświadczenia z uwagi na brak tożsamości zakresów objętych wpisem w obu rejestrach oraz z uwagi na okoliczność, iż prawu niemieckiemu nie jest znana instytucja zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba podziela w tym zakresie ustalenia zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 148/10, KIO 155/10. W orzeczeniu tym Izba zwróciła uwagę, iż do Centralnego Rejestru Działalności wpisywane są czyny, które dotyczą podmiotów gospodarczych, które na gruncie polskiej ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary mogłyby być zakwalifikowane jako podmioty zbiorowe. Polska ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych zawiera szczegółowy zakres odpowiedzialności pomiotu zbiorowego, który obejmuje przykładowo przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, łapownictwa i płatnej protekcji, a także czyny z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc także przestępstwa, które mogą być popełnione w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej. Izba uznała, iż skoro rejestr niemiecki i polski zawierają wpisy dotyczące popełnienia przestępstw związanych z wykonywaniem działalności gospodarczej, oznacza to, iż zakresy te mimo braku w treści niemieckiej ustawy sformułowania orzeczenia „zakazu ubiegania się o zamówienie” są zbieżne. Ewidencjonowanie czynów popełnionych przy wykonywaniu działalności gospodarczej niewątpliwie ma służyć pewności obrotu gospodarczego. Izba stanęła na stanowisku, iż wykonawcy pochodzący z krajów, w których tego typu rejestry są prowadzone nie mogą posilkować się złożeniem oświadczenia. Okoliczność, że dokumenty te są dokumentami zbieżnymi, pomimo określonych różnic wynikających choćby z odmienności prawodawstw polskiego i niemieckiego, potwierdza także piśmiennictwo dotyczące tego przedmiotu (np. W. Dzierżanowski, Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz do rozporządzenie (...) w sprawie dokumentów (...), Warszawa 2009, s. 148), gdzie jako odpowiednik dokumentu potwierdzającego niekaralność

31

podmiotów zbiorowych w Niemczech wskazano „Auskunft aus dem Gewerbezentralregister – Informacja z Centralnego Rejestru Przedsiębiorstw (Działalności)” wydawana przez „Prokuratora Federalnego przy Trybunale Federalnym”. Ponadto należy podnieść, iż na dopuszczalność posłużenia się zaświadczeniem wydawanym z Centralnego Rejestru Działalności (Gewerbezentralregister) jako właściwego dla wykazania niekaralności podmiotu nie będącego osobą fizyczną wskazano także w informacji kierowanej do Komisji

Europejskiej na podstawie dyrektywy 2004/18/WE. W ocenie Izby celowościowe względy przemawiają zatem za przyjęciem, iż dokument, który uznawany jest w danym państwie na potwierdzenie tej samej okoliczności tj. niekaralności podmiotu innego niż osoba fizyczna i uprawnia go do uczestnictwa w postępowaniu przetargowym w danym kraju jest wystarczający również w sytuacji, gdy podmiot ubiega się o zamówienie w innym kraju objętym obowiązkiem implementacji regulacji europejskich. Może mieć to istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku znaczących różnic w porządkach prawnych państw, w tym gdy w porządku prawnym danego kraju nie orzeka się kary, z którą polska ustawa Pzp wiąże sankcję w postaci wykluczenia z postępowania podmiotu zbiorowego (tak jak w niniejszym przypadku). Należy zatem uznać, iż nie zachodzi wówczas przesłanka, o której mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. iż „dokumentu nie wydaje się”, która umożliwia zastąpienie urzędowego zaświadczenia oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Wystarczające i prawidłowe było zatem przedłożenie informacji z Centralnego Rejestru Działalności w odniesieniu do wykonawcy Schweerbau. Ponadto uwzględniając rozbieżności w poglądach i orzecznictwie w tym zakresie, w tym dotyczące tego, czy lepiej przedstawić zaświadczenie nawet nie odpowiadające w pełni wymogom ustawy Pzp (co dotyczy też sytuacji, gdy w danym kraju nie orzeka się zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zarazem prowadzony jest rejestr, z którego zaświadczenie może być uznane za odpowiednik informacji z polskiego KRK), czy oświadczenie przed notariuszem bądź stosowanym organem albo może oba te dokumenty naraz, przy czym żadna z tych interpretacji nie ma jednoznacznie ugruntowanej pozycji dominującej, nie sposób zarzucić zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp czy przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaakceptowanie zaświadczenia urzędowego na potwierdzenie braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Tym bardziej wydaje się to zasadne, że merytoryczne wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie było kwestionowane (por. wyrok KIO z 14 października 2010 r. sygn. akt KIO 2131/10, wyrok KIO z 6 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2493/10 KIO 2494/10 KIO 2496/10 - dotyczące zaświadczeń o niekaralności osób fizycznych). Tym samym w ocenie Izby nie było konieczności przedstawiania zaświadczenia urzędowego oraz uzupełniająco oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym,

32

administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Wprawdzie przedłożenie tego typu dokumentów przez wykonawcę z ostrożności nie będzie uznane za niepoprawne, co jednak nie oznacza, iż jedynie w ten sposób dopuszczalne jest wykazanie braku podstawy do wykluczenia z postępowania określonej art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 1 pkt 1 lit. c) rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny przez zamawiającego w zakresie wykazania przez wykonawcę Schweerbau spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym (zobowiązanie DOLKOM sp. z o.o.) oraz braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do niezalegania z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne (zaświadczenie AOK Kasa Zdrowotna dla Dolnej Saksonii), co skutkuje koniecznością ponownego badania i oceny ofert w celu wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia oświadczeń/dokumentów, Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) i 4 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnej kwocie 3.600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

