

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 czerwca 2010 r

Sąd Okręgowy w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krystyna Fańciszevska-Rąba (spr.)
Sędziowie: SSO Blanka Zorębska

SSO Barbara Żelewska

Protokolant: sekr.sądowy Barbara Sojka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2010 r. w Katowicach sprawy

ze skargi **Fenner Dunlop Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Katowicach**

przeciwko **Południowemu Koncernowi Węglowemu Spółce Akcyjnej
w Jaworznie**
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez Fenner Dunlop Polska Spółkę z ograniczoną
odpowiedzialnością w Katowicach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed Sądem Okręgowym.

Na oryginale wieść
ZGODNOŚĆ Z O

si wierch
SEKRET pccpwy

OGGaGEM

BartMkra

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Fenner Dunlop Polska Spółki z o.o. w Katowicach.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia wskazała KIO, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Fenner Dunlop Polska Spółka z o.o. w Katowicach wniosła protest na który zamawiający tj. Południowy Koncern Węglowy SA w Jaworznie nie udzielił odpowiedzi.

Wykonawca wniósł odwołanie, w którym domagał się:

- nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3;
- nakazania zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum CORBA;
- nakazania zamawiającemu dokonania czynności wezwania Konsorcjum CORBA do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie właściwych dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym między innymi dokumentów urzędowych zaopatrzonych w tzw. klauzulę Apostille zgodnie z Konwencją, a tym samym, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp;
- nakazania zamawiającemu - w razie nie złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie lub złożenia dokumentów nieprawidłowych - wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z postępowania,
- nakazania zamawiającemu w razie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z postępowania - uznania jego oferty za odrzuconą zgodnie z art.24 ust.4 ustawy Pzp,
- nakazania zamawiającemu w zakresie części nr 3 dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Nadto odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art.1143 k.p.c. do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji w zakresie dotyczącym kwestii podnoszonych przez odwołującego w odwołaniu, a następnie na podstawie art.188 ust.3 ustawy Pzp o przeprowadzenie dowodu z dokumentu (dokumentów) przedstawionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości - na okoliczność ustalenia, czy dokumenty przedłożone przez Konsorcjum COBRA są prawidłowe i spełniają kryterium prawidłowości w świetle przepisów ustawy Pzp oraz Konwencji.

Przed wszystkim odwołujący zarzucił, że Konsorcjum COBRA przedłożyło na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp następujące dokumenty w odniesieniu do członka Konsorcjum Cobra Europe SA:

1. wyciągi z tzw. Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego oraz uwierzytelnione tłumaczenia tychże dokumentów z języka francuskiego na język

polski dla Edgara Mansour (Prezes zarządu), Elizabeth Poccardi (członek zarządu), Alain Penchinat (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością), Fabryce Andre Farę (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką akcyjną) oraz dla Edgara Mansour dodatkowo zaświadczenie z polskiego KRK,

2. oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem brytyjskim Fioną Elizabeth Wilson dla Davida Southern (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością).

Odwołujący podniósł, iż dokumenty wskazane w pkt. I, tj. wyciągi z tzw.

Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego oraz uwierzytelnione tłumaczenia tychże dokumentów z języka francuskiego na język polski nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji wydawanej przez polski Krajowy Rejestr Kamy.

Wskazał, że z informacji podanych do publicznej wiadomości na stronie francuskiego Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, iż Casier judiciaire (czyli francuski Krajowy Rejestr Kamy) składa się z trzech Rejestrów.

Podał, że Rejestr nr 1 (Biuletyn nr 1) zawiera zbiór wszystkich wyroków skazujących i decyzji zawartych w rejestrze, jednak są z niego wykluczone odpowiednio: natychmiast: wyroki skazujące podlegające amnestii, wyroki skazujące korzystające z „rehabilitacji prawnej” (rodzaj zatarcia skazania dotyczący wyroków ograniczenia praw) wraz z usunięciem wpisu, sankcje karne i dyscyplinarne ulegające zatarciu w wyniku „rehabilitacji”; po upływie 3 lat: wyroki skazujące orzeczone za contarvention de police (rodzaj wykroczeń), oświadczenia o przyznaniu się do winy zaopatrzone w zwolnienie z kary, za wyjątkiem przypadków, gdy sąd orzekł o niedokonywaniu wpisu w rejestrze, sankcje lub środki wychowawcze, za wyjątkiem przypadków, gdy podczas tego okresu orzeczono nowy środek lub wyrok skazujący, compositions penales (rodzaj ugody zawieranej między prokuratorem a oskarżonym, który przyznał się do popełnienia wykroczenia) za wyjątkiem przypadków, gdy podczas okresu jego wykonywania orzeczono nowy środek kamy tego rodzaju lub wyrok skazujący; po upływie 5 lat: orzeczenia o likwidacji prawnej, upadłość osobista lub zakaz zarządzania, chyba że ich okres przekracza 5 lat.

Wyjaśnił, że inne wyroki skazujące są usuwane z rejestru 40 lat po ostatnim wpisie natury karnej lub poprawczej lub w chwili śmierci osoby, której dotyczy.

Podał, że uzyskanie tego biuletynu jest zarezerwowane dla organów wymiaru sprawiedliwości.

Odwołujący podał także, że Rejestr nr 2 (Biuletyn nr 2) zawiera większość wyroków skazujących za zbrodnie i występki, za wyjątkiem: wyroków skazujących korzystających z „rehabilitacji prawnej”, wyroków skazujących orzeczonych wobec nieletnich, wyroków skazujących orzeczonych za contarevention de Police, wyroków skazujących orzeczonych wraz z zawieszeniem wykonywania kary, jeżeli jego okres zakończył się bez nowej decyzji (sądu) nakazującej wykonanie kary, chyba że została orzeczona kara ograniczenia wolności lub zakazująca wykonywania zawodu lub wolontariatu.

Wyjaśnił, że ten biuletyn może być wydany tylko pewnym władzom administracyjnym lub organom dla określonych celów (np. dostęp do określonych zawodów/stanowisk).

Odwołujący podał wreszcie, że zgodnie z brzmieniem art. 777 fr. kpk, Rejestr nr 3 (Biuletyn nr 3) stanowi wykaz skazanych za przestępstwa stanowiące zbrodnie i występki, o których mowa poniżej, chyba że prowadzi się dla nich Rejestr nr 2: skazanych na karę pozbawienia wolności przekraczającą dwa lata - bez zawieszenia lub która podlega wykonaniu w całości wskutek uchylecia zawieszenia, skazanych, w warunkach o których mowa w punkcie poprzedzającym, na karę nieprzekraczającą

lub równą dwa lata, jeżeli przepis szczególny nakłada obowiązek umieszczenia informacji w rejestrze nr 3, osób, co do których orzeczono ubezwłasnowolnienie, pozbawienie praw, pozbawienie zdolności do czynności prawnych, bez zawieszenia, na podstawie art.131-6 do 131-11 francuskiego kodeksu karnego, przez okres trwania tych środków karnych, osób, co do których orzeczono środek sądowy przewidziany przez art. 131-36-1 francuskiego kodeksu karnego lub środek karny w postaci zakazu wykonywania pracy zawodowej lub charytatywnej.

Wyjaśnił, że wyciąg z rejestru może być wydany osobie, której wpis dotyczy, w żadnym zaś przypadku osobom trzecim.

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, iż francuskie zaświadczenie o niekaralności, czyli tzw. Biuletyn nr 3 ma węższy zakres niż zaświadczenie, jakie można uzyskać z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż Biuletyn ten wykazuje jedynie wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności na okres powyżej 2 lat, które nie zostały zaopatrzone w klauzulę zawieszenia (wykonania kary).

Odwołujący wskazał, iż wobec powyższego istnieje możliwość, że wyrok skazujący za niektóre przestępstwa zostanie zaopatrzony w klauzulę zawieszenia wykonania kary, co oznacza, że może się więc okazać, iż osoba, której dotyczy zaświadczenie z francuskiego Rejestru Karnego została skazana za przestępstwo odpowiadające tym wskazanym w art.24 ust.1 ustawy Pzp, jednakże wykonanie kary zostało zawieszone, a w takiej sytuacji Biuletyn nr 3 takiego wyroku skazującego nie wykaże.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art.1 ust.2 pkt.1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym w Rejestrze gromadzi się dane o osobach prawomocnie skazanych za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Prawomocne skazanie obejmuje skazanie z zawieszeniem wykonania kary oraz wyroki skazujące bez względu na wymiar kary (co oznacza, że obejmuje również wyroki skazujące za przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej lat dwóch w odróżnieniu od Biuletynu nr 3 wydawanego przez francuski Rejestr Karny).

Podkreślił, że francuski KRK wykazuje również wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności niższą lub równą 2 lat, lecz tylko wtedy, gdy sąd orzekł umieszczenie ich wpisu w Biuletynie nr 3, co oznacza, że może zajść sytuacja, w której osoba, której zaświadczenie z francuskiego Rejestru Karnego dotyczy została skazana na karę pozbawienia wolności, jednakże z uwagi na fakt, iż sąd nie orzekł umieszczenia wpisu wyroku skazującego w Biuletynie nr 3, zaświadczenie francuskie nie będzie zawierać informacji o skazaniu, co stanowi o braku równoważności z zakresem informacji zawartych w polskim KRK.

Odwołujący podniósł także, iż Konsorcjum CORBA nie przedłożyło dla trzech członków zarządu spółki COBRA EUROPE SA dokumentów potwierdzających, iż członkowie ci nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, iż z przedłożonego przez Konsorcjum COBRA odpisu z KRS dla spółki COBRA EUROPE SA oraz jego tłumaczenia na j. polski (strony oferty 29-41) wynika, że na pięciu członków Zarządu ujawnionych w przedłożonym odpisie trzech to osoby prawne.

Zdaniem odwołującego skoro urzędującymi członkami Zarządu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są osoby prawne - spółka akcyjna oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - to należy przyjąć, że dla wykazania spełnienia warunku niepodlegania wykluczeniu na mocy art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp wykonawca taki powinien przedłożyć, zgodnie z brzmieniem przepisów, właściwe dokumenty dla spółek będących urzędującymi członkami Zarządu.

Odwołujący podniósł wreszcie, iż Konsorcjum COBRA podlega wykluczeniu

z postępowania, gdyż przedłożyło dokumenty urzędowe, którymi nie może posługiwać się na terytorium RP, co wynika z faktu, iż przedłożone przez Konsorcjum COBRA dokumenty stanowią dokumenty urzędowe, sporządzone bądź na terenie Francji, bądź w Wielkiej Brytanii (oświadczenie złożone przed notariuszem brytyjskim) i nie zostały zaopatrzone w klauzulę Apostille zgodnie z art.4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r.

Skuteczne posługiwanie się ww. dokumentami na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wymaga dołączenia klauzuli Apostille określonej w art.4 Konwencji. Dokumenty urzędowe sporządzone przez organy innych państw, pozbawione klauzuli Apostille nie mogą być uznane za ważne na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym nie można się nimi skutecznie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej posługiwać. Skoro nie można się takimi dokumentami skutecznie posługiwać na terenie RP, zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie tych dokumentów.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych przez odwołującego pierwotnie w proteście następnie w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza uznała je za chybione.

I tak zarzut, iż przedłożone dla członków zarządu (Edgar Mansour, Elizabeth Poccardi, Alain Penchinat, Fabryce Andre Farę) członka konsorcjum, tj. Cobra Europe SA dokumenty nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, a zatem ze względu na ich węższy zakres nie zasługuje na uwzględnienie KIO uznała za trafny.

Odwołujący przyjął, że o węższym zakresie zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Republice Francuskiej przez Ministerstwo Sprawiedliwości przesądza po pierwsze to, że francuski Biuletyn nr 3, na podstawie którego wydawane jest zaświadczenie na wniosek osoby, której zaświadczenie dotyczy wykazuje jedynie wyroki wskazujące na karę pozbawienia wolności na okres powyżej 2 lat, które nie zostały opatrzone klauzulą zawieszenia, po drugie to, że Biuletyn nr 3 wykazuje wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności niższą lub równą 2 lat, ale tylko wtedy, gdy sąd orzekł umieszczenie ich wpisu w tym Biuletyście.

Odwołujący twierdził, że dla wykazania pełnego zakresu niekaralności wymaganego przepisami ustawy Pzp konieczne jest przedłożenie, oprócz wyciągu z Biuletynu nr 3 (zaświadczenia o niekaralności), również oświadczenia własnego takiej osoby złożonego przed osobą (notariuszem) / organem odpowiednio do wymogów Prawa zamówień publicznych.

KIO stanęła na stanowisku, iż żądanie od wykonawców zagranicznych na potwierdzenie, 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 sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, 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 brzmieniu przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 poz.605 z późn. zm.), o czym jednoznacznie świadczy zwrot „zastępuje się je”, użyty w §2 ust.2 rozporządzenia.

Wobec braku w przepisach o zamówieniach publicznych zdefiniowania sformułowania „zaświadczenie”, a także braku wskazania, jak należy rozstrzygać różnice zachodzące pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw w szczególności co do wysokości wymiaru kary za przestępstwa, podstaw zawieszenia wykonania kary, czy też różnice wynikające z kształtu jurystycznego (opisu) poszczególnych przestępstw KIO uznała, że zakres ten należy rozumieć jedynie jako objęcie danymi, na podstawie których wydano zaświadczenie z katalogu wszystkich przestępstw wymienionych w art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp bez względu na występujące różnice.

Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zagranicznych zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów, o których mowa w §2 ust.3 rozporządzenia, ponieważ nie sposób byłoby rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności kształtu jurydycznego przestępstw w poszczególnych krajach jest dopuszczalny.

Ponadto racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach rozporządzenia w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie niekaralności, poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności, poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

Również zarzut nie przedłożenia dla trzech członków zarządu członka Konsorcjum, tj. Cobra Europę SA dokumentów potwierdzających, że członkowie ci nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący przyjął - w stosunku do trzech członków zarządu Cobra Europę SA, będących osobami prawnymi - obowiązek przedłożenia w takim przypadku, poza dokumentami potwierdzającymi, że stali przedstawiciele tych członków zarządu (tych osób prawnych) nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp, także dokumentu - odpowiednika polskiego KRK - dla osoby prawnej jako podmiotu zbiorowego (art.24 ust.1 pkt.9 ustawy Pzp).

Przepis art.24 ustawy Pzp, wyliczając przesłanki, których wystąpienie przesądza o obowiązku wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego odnosi je do wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcą, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą jest konsorcjum składające się z dwóch osób prawnych - dwóch podmiotów zbiorowych:

1. Cobra Europę SA z siedzibą we Francji,
2. Cobra Europę Sp. z o.o. z siedzibą w Polsce,

a zatem do tych osób prawnych - podmiotów zbiorowych i wyłącznie do tych osób prawnych - podmiotów zbiorowych należy odnieść ustawowe wymogi tj. w szczególności:

1. aby urzędujący członkowie organu zarządzającego tych firm nie byli skazani za przestępstwa, o których mowa w art.24 ust.1 pkt.8 ustawy pzp,
2. aby wobec tych firm nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne - art.24 ust. 1 pkt.9 ustawy Pzp.

Sam fakt, że członkiem organu zarządzającego jednego z członków konsorcjum, jest osoba prawna nie daje podstaw do przyjęcia, że w takim przypadku weryfikuje się taki podmiot w szerszym zakresie, tj. nie tylko pod kątem katalogu przestępstw, o których mowa w przepisie art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp (stały przedstawiciel osoby prawnej, będącej członkiem zarządu), ale także pod kątem zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w przepisie art.24 ust.1 pkt.9 ustawy Pzp właśnie dlatego, że pkt.9 odnosi się wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, nie zaś do jego członków zarządu, które o to zamówienie się nie ubiegają (nie są wykonawcą w rozumieniu art.2 pkt.1 1 ustawy Pzp). Taka rozszerzająca weryfikacja wykonawcy nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisu art.24 ustawy Pzp.

Co do zarzutu przedłożenia dla członka Konsorcjum, tj. Cobra Europę SA dokumentów urzędowych sporządzonych bądź na terenie Francji bądź Wielkiej Brytanii, które nie zostały opatrzone klauzulą apostille zgodnie z art.4 Konwencji

znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze z dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 112, poz.938), to zdaniem KIO i ten zarzut nie był uzasadniony.

Odwołujący odniósł swój zarzut do następujących dokumentów jednego z członków (tj. Cobra Europę SA z siedzibą we Francji) konsorcjum, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą:

1. KRS Cobra Europę SA,
2. potwierdzających, że Cobra Europę SA nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
3. potwierdzających, że Cobra Europę SA nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat,
4. potwierdzających niekaralność urzędujących członków organu zarządzającego Cobra Europę SA,
5. potwierdzającego, że wobec Cobra Europę SA nie orzeczono ubiegania się o zamówienie,
6. potwierdzającego, że wobec Cobra Europę SA nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

znajdujących się na stronach 29-31, 57, 61, 65, 67, 71, 75-77, 81, 83, 85, 89 i 91 oferty wskazanej spółki.

Odwołujący przyjął istnienie obowiązku dołączenia apostille określonej w art.4 Konwencji Haskiej do dokumentów urzędowych sporządzonych w innym państwie (w tym przypadku we Francji i Wielkiej Brytanii), które są składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków podmiotowych.

Konwencja Haska jest częścią polskiego porządku prawnego, jednak KIO uznała, że polskie przepisy o zamówieniach publicznych nie wymagają legalizacji dokumentów urzędowych w rozumieniu tej Konwencji.

O ile bowiem np. przepis art.1138 k.p.c. wymaga, aby w przypadku, gdy dokument zagraniczny dotyczy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce lub w przypadku, gdy dokument wywołuje wątpliwości co do jego autentyczności był uwierzytelniony przez polskie przedstawicielstwo dyplomatyczne lub urząd konsularny, o tyle polskie przepisy o zamówieniach publicznych wymagają jedynie, aby dokumenty były składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę (§4 ust.1 rozporządzenia), a w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentu lub w przypadku jego nieczytelności, uprawnia zamawiającego do żądania przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii (§4 ust.2 rozporządzenia).

Zatem, zdaniem KIO polskie przepisy o zamówieniach publicznych zniosły obowiązek legalizacji dokumentu zagranicznego składanego w postępowaniu o zamówienie publiczne (dołączenia apostille). Możliwość zniesienia lub uproszczenia legalizacji lub zwolnienia takich dokumentów z legalizacji przewiduje art.3 Konwencji Haskiej.

KIO oddaliła też wniosek dowodowy odwołującego o zwrócenie się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje we Francji uznając, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala na podjęcie rozstrzygnięcia.

Skargę od powyższego wyroku wniósł wykonawca Fenner Dunlop Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach.

Zarzucił wyrokowi naruszenie:

- art.24 ust.1 pkt.8 Pzp w zw. z §2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz.605) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż sformułowanie użyte w §2 Rozporządzenia, a to „zaświadczenie (...) w zakresie określonym w art.24 ust. 1 pkt.4-8 ustawy (Pzp)” należy rozumieć w ten sposób, że zaświadczenie wystawione przez właściwy organ danego państwa z założenia obejmuje swym zakresem przestępstwa wskazane w art.24 ust.1 pkt.8 Pzp, bez względu na różnice pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw,
- art.24 ust.1 pkt.8 Pzp w zw. z art.24 ust.1 pkt.9 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że fakt, iż członkiem organu zarządzającego jest osoba prawna nie daje podstaw do przyjęcia, iż w takim przypadku weryfikuje się taki podmiot w szerszym zakresie oraz, że taka rozszerzająca weryfikacja wykonawcy nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisu art.24 Pzp,
- art.4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 112, poz.938) w związku z art.91 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że polskie przepisy prawa o zamówieniach publicznych zniosły obowiązek legalizacji dokumentu zagranicznego składanego w postępowaniu o zamówienie publiczne (czyli dołączenia uwierzytelnienia Apostille),
- art.188 ust.3 i 6 Pzp poprzez nieuzasadnione oddalenie wniosku dowodowego skarżącego, tj. wniosku na podstawie art.1143 k.p.c. o zwrócenie się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji w zakresie dotyczącym kwestii podnoszonych przez odwołującego w odwołaniu i w konsekwencji nieprzeprowadzenie dowodu na okoliczność ustalenia, czy dokumenty przedłożone przez wykonawcę Konsorcjum COBRA są prawidłowe i spełniają kryterium prawidłowości w świetle przepisów Pzp oraz Konwencji - mającego dla sprawy istotne znaczenie,
- art.7 Pzp oraz prawa wspólnotowego, zwłaszcza art. 12, art.43, art.49 i nast. Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w brzmieniu nadanym tym przepisom Traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. z 2009 r., Nr 203, poz.1569) poprzez nieuzasadnione nierówne traktowanie podmiotów mających siedziby w innych państwach członkowskich skutkujące przyjęciem, iż Wykonawca Konsorcjum COBRA EUROPE SA z siedzibą 12 rue Henry Guy, 70300 Luxeill Les Bains (Francja), COBRA EUROPE sp. z o.o., ul. Graniczna 7, 41-940 Piekary Śląskie - Lider Konsorcjum (dalej jako: „Konsorcjum COBRA”) może skutecznie posługiwać się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentami sprzecznymi z przepisami Pzp, w szczególności art.24 i §2 Rozporządzenia.

W oparciu o podniesione zarzuty domagał się skarżący uwzględnienia skargi i zmianę zaskarżonego orzeczenia KIO w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie wskazanych w niniejszej skardze zarzutów wobec oferty Konsorcjum COBRA i o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części numer 3 zamówienia będącego przedmiotem postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum COBRA;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania Konsorcjum COBRA

do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie właściwych dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym między innymi dokumentów urzędowy wymienionych poniżej w treści skargi zaopatrzonych w tzw. klauzulę apostille zgodnie z Konwencją znoszącą wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzoną w Hadze dnia 5 października 1961 r.), a tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt.3 Pzp;

4. nakazanie zamawiającemu - w razie niezłożenia, niezłożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, złożenia dokumentów nieprawidłowych - wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z przedmiotowego postępowania;
5. nakazanie zamawiającemu w razie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z postępowania - uznania jego oferty za odrzuconą zgodnie z art.24 ust.4 Pzp;
6. nakazanie zamawiającemu w zakresie części numer 3 zamówienia będącego przedmiotem postępowania dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu

oraz o zasądzenie od przeciwnika na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Ponadto domagał się przeprowadzenia dowodu z przedstawionej przez skarżącego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą opinii adwokata francuskiego - Lucien Peczynski oraz o dopuszczenie dowodu z całości dokumentacji przetargowej prowadzonej przez zamawiającego, dotyczącej przedmiotowego postępowania przetargowego.

Także skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodu, tj. o zwrócenie się na podstawie art.1143 k.p.c. do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji w zakresie dotyczącym kwestii ponoszonych przez skarżącego w odwołaniu oraz niniejszej skardze, a następnie Pzp o przeprowadzenie dowodu z dokumentu przedstawionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości - na okoliczność ustalenia, czy dokumenty przedłożone przez wykonawcę Konsorcjum COBRA są prawidłowe i spełniają kryterium prawidłowości w świetle przepisów Pzp oraz Konwencji.

Jak również skarżący wniósł o rozważenie zwrócenia się przez tut. Sąd do Sądu Najwyższego z zagadnieniem prawnym do rozstrzygnięcia na podstawie art.390§1 k.p.c., które to zagadnienie prawne zdaniem skarżącego powstało wskutek rozstrzygnięcia Izby w przedmiotowej sprawie. Niniejszy wniosek jest zasadny z uwagi na fakt, iż w przypadku niekorzystnego dla skarżącego orzeczenia w niniejszym postępowaniu nie będzie mu przysługiwała skarga kasacyjna. Treść zagadnienia prawnego opisana została poniżej w treści skargi.

Interes prawny skarżącego wynika ze złożenia przez niego ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, która stanowi najkorzystniejszą ofertę, według przyjętego przez zamawiającego w SIWZ jedyne kryterium oceny ofert jakim jest cena.

W uzasadnieniu skargi skarżący powtórzył wszystkie argumenty jakie przytaczał w treści protestu i odwołania.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga podlega oddaleniu.

Bezspornym jest, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty wykonawcy Konsorcjum Cobra Europę SA z siedzibą we Francji i Cobra Europę spółka z o.o. w Piekarach Śląskich tj. w zakresie części nr 3 zamówienia będącego przedmiotem

postępowania.

Bezspornym też jest, że w SIWZ w opisie warunków udziału w postępowaniu zamawiający określił wymogi jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie oraz wskazał dokumenty i oświadczenia jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarówno dla wykonawcy posiadającego miejsce zamieszkania lub siedzibę w Polsce jak i mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium naszego kraju. Wykonawca Konsorcjum Cobra celem potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art.24 ust. 1 pkt.4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych przedłożył dla Edgara Mansour będącego Prezesem Dyrektorem Naczelny spółki Cobra Europę SA z siedzibą we Francji i Prezesem Zarządu Cobra Europę Spółki z o.o. w Piekarach Śląskich wyciąg z Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem tych dokumentów, a dla Elizabeth Poccardi członka zarządu Cobra Europę SA, Alaina Penchinat stałego przedstawiciela członka zarządu spółki Cobra Europę SA tj. Dab Gestion R.C.S. Spółki z o.o. z siedzibą we Francji i Fabryce Andre Farę stałego przedstawiciela członka zarządu Cobra Europę SA tj. SPVM R.C.S. Paryż SA w Paryżu wyciąg z Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego z uwierzytelnionym tłumaczeniem na język polski tych dokumentów.

Ponadto wykonawca dla Davida Southema będącego stałym przedstawicielem członka zarządu spółki Cobra Europę SA tj. Burton Conveyor Vulcanising Services Limited Zjednoczone Królestwo przedłożył oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem brytyjskim Fioną Elizabeth Wilson.

Skarżący zarzucił, iż przedłożone dokumenty nie potwierdziły spełnienia przez Konsorcjum Cobra Europę warunków udziału w postępowaniu w zakresie statusu prawnego, bowiem nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji wydawanej przez polski Krajowy Rejestr Karmy.

Zgodzić się należy ze skarżącym, iż zakres informacji wynikających z francuskiego biuletynu nr 3 jest mniejszy niż podane w Krajowym Rejestrze Karnym. Nie oznacza to jednakże, że przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Rodzaje dokumentów jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006 r. (Dz. U. z 24.05.2006 r. nr 87 poz.2005). Może zatem żądać zamawiający przedstawienia zaświadczenia o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt.4-8 ustawy. Zatem może m. in. żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby, której dokumenty dotyczą.

Przepis §2 ust. 1 cyt. rozporządzenia wyraźnie stanowi, że dokumenty wskazane w tym przepisie wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zamiast dokumentów o których mowa w §1 ust.1 pkt.2, 3 i 5 oraz pkt.4.

Przepis §2 ust.1 pkt.2 nie nakłada na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Polski obowiązku złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, identycznego z zakresem zaświadczenia z Krajowego Rejestru

Karnego. Przepis wymaga jedynie zaświadczenia w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt.4-8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tego zapisu. Cyt. rozporządzenie nie przewiduje również aby zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby której dokumenty

dotyczą, w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt.4-8 upzp były dodatkowo „wzmacniane” oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organu samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą.

Przepis §2 ust.3 w/w Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wprost stanowi, iż jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów o których mowa w ust.1 zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zatem dokument zawierający stosowne oświadczenie jest samoistnym dokumentem, którego może zażądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tych okolicznościach, skoro niespornym między stronami było, iż francuski Biuletyn nr 3 - w związku z różnicami w porządkach prawnych Republiki Francuskiej i Rzeczypospolitej Polskiej nie jest w zakresie informacji taki sam jak Krajowy Rejestr Sądowy, to tym samym wnioski dowodowe skarżącego tj. przeprowadzenie dowodu z opinii adwokata francuskiego - Lucien Peczynski oraz zwrócenie się na podstawie art. 1143 k.p.c. do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji - są bezprzedmiotowe.

Jedynie na marginesie należy wskazać, iż przepis art.1143 k.p.c. ma zastosowanie w sytuacji gdy w danej sprawie ma być zastosowane obce prawo materialne.

Taka sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy, bowiem Sąd Okręgowy nie był obowiązany do stosowania prawa obcego (francuskiego). Przedłożenie dokumentu - wyciągu z Biuletynu nr 3 jest czynnością faktyczną a czy przedłożony dokument jest wystarczający - ocenia się według przepisów cyt. ustawy i rozporządzenia. Prawidłowo zatem Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedłożone przez wykonawcę - Konsorcjum Cobra Europę dokumenty były prawidłowe i wystarczające.

Podzielić również należało pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, iż sam fakt, że członkami organu zarządzającego jednego z członków Konsorcjum jest osoba prawna, nie rodzi obowiązku weryfikacji takiego podziału w szerszym zakresie tj. nie tylko pod kątem katalogu przestępstw o których mowa w przepisie art.24 ust.1 pkt.8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także pod kątem zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w przepisie art.24 ust. 1 pkt.9 ustawy odnoszącego się wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne a nie do jego członków zarządu. Takiej rozszerzonej weryfikacji wykonawcy nie przewidują przepisy ustawy prawo zamówień publicznej, a w szczególności art.24 tej ustawy. Zatem przedłożenie dokumentów odnoszących się do stałych przedstawicieli również zdaniem Sądu Okręgowego było wystarczające dla prawidłowej weryfikacji co do niekaralności wykonawcy.

Oczywiście na rację skarżący, iż zgodnie z prawem polskim członkiem organu zarządzającego spółką nie może być osoba prawna oraz, że przepis art.24 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost wskazuje na urzędującego członka organu zarządzającego.

Nie oznacza to jednakże obowiązku przedłożenia zaświadczenia o niekaralności dla wszystkich członków zarządów trzech spółek będących urzędującymi członkami zarządu Cobra Europę SA. Byłoby to nie znajdującym oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzeniem obowiązków wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Polski.

Sąd Okręgowy nie podzielił również poglądu skarżącego, iż na wykonawcy tj.

Konsorcjum Cobra Europę spoczywał obowiązek przedłożenia dokumentów urzędowych zaopatrzonych w klauzulę Apostille.

Przepis art.3 ust.2 Konwencji haskiej wskazuje, że poświadczenie klauzulą apostille nie może być wymagane, jeżeli ustawy i inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w danym państwie w którym dokument ma być użyty, albo umowa dwu- lub wielostronna zwalnia dokument z legalizacji. Art. 1138 k.p.c. wyraźnie stanowi, że tylko w przypadku, gdy dokument dotyczy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce albo gdy dokument wywołuje wątpliwości co do jego autentyczności wymagane jest jego uwierzytelnienie (por. Paweł Czubin Nieprawidłowości w stosowaniu Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych - Europejski Przegląd Sądowy 2006/4/24 oraz uchwałę SN z 13.04.2007 r. sygn. akt III CZP 21/07 opubl. w OSNC 2008/3/34). Tym samym w świetle art. 1138 k.p.c. oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które nie wymagają poświadczenia klauzulą apostille dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w okolicznościach niniejszej sprawy przedłożone przez wykonawcę tj. Konsorcjum Cobra Europę dokumenty: KRS Cobra Europę SA, zaświadczenie o braku zaległości ZUS Cobra Europę SA i oświadczenie notarialne Prezesa Zarządu Cobra Europę SA o braku zaległości w ZUS, oświadczenie notarialne Prezesa Zarządu w/w spółki o braku zaległości w Urzędzie Skarbowym, zaświadczenie o niekaralności Edgara Mansour, oświadczenie notarialne o niekaralności Davida Southern, zaświadczenie o niekaralności Elizabeth Pocard, zaświadczenie o niekaralności Fabrice Auché Faré, zaświadczenie o podmiocie zbiorowym Cobra Europę SA, oświadczenie notarialne Prezesa zarządu Cobra Europę SA o braku upadłości, nie musiały być opatrzone klauzulą Apostille.

Reasumując powyższe ustalenia stwierdzić należało, iż skarga nie mogła wzruszyć trafnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem podlegała oddaleniu po myśli art. 198 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na oryginale y;krć/ywe
ZGODNOŚĆ Z

SEKREfer