Sygn. akt: KIO 1648/16 KIO 1660/16

WYROK
z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2016 r., w Warszawie, odwołań wniesionych:

A. w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawcę **TTcomm S.A., al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa,**

B. w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawcę **Indra Sistemas Polska sp. z o.o., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,**

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie TTcomm S.A. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności klasyfikacji wykonawców, unieważnienie czynności wykluczenia TTcomm S.A. z postępowania, dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału i wniosków złożonych przez wykonawców, w tym TTcomm S.A.

1B. Oddala odwołanie Indra Sistemas Polska sp. z o.o.

2. Kosztami postępowania obciąża: zamawiającego **Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa** oraz wykonawcę **Indra Sistemas Polska sp. z o.o., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **TTcomm S.A., al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** oraz **Indra Sistemas Polska sp. z o.o., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Inspektoratu Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa** na rzecz **TTcomm S.A., al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1648/16 KIO 1660/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest *„Dostawa terminala satelitarnego SHF szczebla taktycznego w wersji przenośnej”.*

Dnia 25 sierpnia 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku

przeprowadzonej oceny złożonych wniosków.

KIO 1648/16

Dnia 5 września 2016 roku wykonawca TTcomm S.A., al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od: niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, czynności zamawiającego polegającej na błędnej ocenie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego i wykluczeniu go z postępowania, tym samym błędnej ocenie wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, zaniechania zaproszenia odwołującego do złożenia oferty wstępnej w postępowaniu, z naruszeniem postanowień sekcji III.2.1. pkt 3.5 i 5.2 w zw. z 2.2 pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2) art. 25 ust. 1 Pzp, poprzez zażądanie od odwołującego Certyfikatu Policji Kanadyjskiej (RCMP) z Państwowego Repozytorium Karnego, tj. dokumentu, który nie jest konieczny dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i który nie obejmuje swoim zakresem skazań za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp,
3) § 3 ust. 1 pkt 5 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie") poprzez żądanie dokumentów, które swym zakresem nie obejmują dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10, 11 Pzp, jak i nie stanowią odpowiednika informacji z Krajowego Rejestru Karnego wydawanego w Polsce.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, *ergo* unieważnienia dokonanej przez zamawiającego czynności klasyfikacji wykonawców, jak i czynności zaproszenia do składania ofert wstępnych w postępowaniu,
2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i nakazanie jego przywrócenia do postępowania,
3) ponownej oceny spełniania warunków udziału i wniosków złożonych przez wykonawców, w tym odwołującego w postępowaniu oraz dokonania ich prawidłowej klasyfikacji.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że na skutek dokonania przez zamawiającego wskazanych w *petitum* czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego doznał uszczerbku, a ponadto zamawiający naraził odwołującego na powstanie szkody.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący wskazał, iż złożenie oświadczeń przed notariuszem było konieczne, bowiem możliwe do uzyskania w Kanadzie zaświadczenie (certyfikat — Royal Canadian Mounted Police Certificate — dalej „RCMP") o niekaralności uzyskiwane na podstawie danych Państwowego Repozytorium Karnego (Canadian National Repository of Criminal Records) prowadzonego przez Centrum Informacji Policji Kanadyjskiej (Royal Canadian Mounted Police Certificate lub Repository of Canadian Mounted Police — dalej również jako „RCMP" - w żadnym stopniu nie odpowiada formie dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 5 oraz w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia, w szczególności wydawany certyfikat RCMP, nie obejmuje informacji o braku skazania w zakresie odpowiadającym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 Pzp. (dowód: opinia prawna wydana przez (…) adwokata, członka izby adwokackiej w Kanadzie (dalej „Opinia")). Ponadto RCMP całkowicie nie odpowiada formie dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 5 oraz w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia, tj. nie stanowi odpowiednika zaświadczenia uzyskiwanego z Krajowego Rejestru Karnego na terenie RP, bowiem certyfikaty RCMP wydawane są: jedynie i wyłącznie dla celów

zatrudnienia, uzyskania wizy, pracy zagranicą/wydania pozwolenia na pracę - nagłówek RCMP (w oryg. “For Employment, Visa Applicants, Foreign Travel/Work Permits”), w oparciu o niekompletne dane i dotyczą ściśle określonych przestępstw i wykroczeń nieobejmujących przestępstw stypizowanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał na rozbieżności pomiędzy rejestrem RCMP a KRK dowodzące, że w Kanadzie nie wydaje się dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 1 lit. b rozporządzenia, stąd konieczne było złożenie oświadczeń przez członków zarządu Advantech Wireless Inc. o stosownej treści i formie, tj. przed notariuszem w Kanadzie. Otóż:
a) definitywna weryfikacja okoliczności, czy wnioskodawca nie figuruje w rejestrze RCMP, może zostać potwierdzona wyłącznie na podstawie porównania odcisków palców - wnioskodawca nie ma absolutnie obowiązku składania odcisków palców do bazy, jeżeli wydanie zaświadczenia (certyfikatu) nie jest powiązane ze stosownym celem jego wydania, tj. zatrudnieniem, uzyskaniem wizy, zgodą na pracę za granicą/wydaniem pozwolenia na pracę. RCMP jest rejestrem niekompletnym,
b) nie wszystkie informacje o przestępstwach zostają wskazane w krajowym rejestrze informacji o niekaralności; lokalna weryfikacja oskarżeń prowadzona w oparciu o odrębne procedury może wykazać sprawy karne, których nie wskazano w krajowym rejestrze informacji o niekaralności;
c) wykazywane w certyfikatach RCMP przestępstwa lub wykroczenia dotyczą braku przeciwwskazań do: zatrudnienia w instytucjach publicznych, prowadzenia działalności na zasadzie wolontariatu, np. możliwości wolontariatu przy kontakcie z dziećmi lub osobami upośledzonymi, ubiegania się o adopcję, odbywania podróży zagranicznych.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący nie wykazał, zarówno uprzednio w piśmie, jak i w odwołaniu, iż zaświadczenie o niekaralności z Centrum Informacji Policji Kanadyjskiej w żadnym zakresie nie obejmuje przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący nie dowiódł tego również przy pomocy opinii prawnej załączonej do odwołania, gdyż jest to opinia bardzo ogólnikowa. Zamawiający wskazał, iż m.in. ustalił, w oparciu o informacje dostępne na oficjalnej stronie internetowej Kanadyjskiej Królewskiej Policji (Royal Canadian Mounted Police, w skrócie RCMP), jaki jest zakres danych objętych rejestrem. Ponadto, w oparciu o informacje dostępne na wspomnianej wyżej oficjalnej stronie internetowej RCMP, zamawiający ustalił, iż możliwe jest uzyskanie danych o niekaralności dla różnych celów, w tym: zatrudnienia, adopcji, podróży zagranicznych, wolontariatu, spraw dot. obywatelstwa, zmiany nazwy, stażu studenckiego lub w celu uzyskania zawieszenia wpisu (dawniej pardon). Stąd zamawiający powziął wniosek, iż katalog ten jest katalogiem otwartym. Z tego względu, w ocenie zamawiającego, twierdzenia odwołującego, iż RCMP nie stanowi odpowiednika zaświadczenia uzyskiwanego z Krajowego Rejestru Karnego na terenie RP, nie znajdują potwierdzenia w świetle informacji posiadanych przez zamawiającego.
W opinii zamawiającego, brak w kanadyjskim porządku prawnym pewnego rodzaju przestępstw, stypizowanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przesądza, iż w danym kraju

nie mogło dojść do skazania również w tym zakresie. Dlatego zbędnym jest składanie oświadczenie przed notariuszem w zakresie przestępstw nieprzewidzianych porządkiem prawnym kraju miejsca zamieszkania osoby, gdyż do takiego skazania dojść nie mogło. Stąd, gdy w kraju miejsca zamieszkania osoby wydaje się stosowny dokument, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tak jak, wg. ustaleń zamawiającego, ma to miejsce w Kanadzie, nieuprawnionym jest złożenie oświadczenia składanego przed notariuszem, gdyż to dokumentowi wydawanemu przez właściwy organ przyznano prymat zgodnie z rozporządzeniem. Inną kwestią jest już możliwość uzyskania zaświadczenia o niekaralności tylko w zakresie ściśle określonym przez wnioskującego, tak aby uniknąć ewentualnego ujawnienia skazania za popełnienie innego rodzaju przestępstwa. Wydaje się jednak, zdaniem zamawiającego, iż nie jest to okoliczność tożsama z brakiem możliwości uzyskania dokumentu potwierdzającego niekaralność osoby w zakresie przewidzianym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 25 sierpnia 2016 roku, zamawiający przesłał zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W ocenie zamawiającego, odwołujący zgodnie z wymaganiem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz rozporządzeniu nie złożył stosownego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania, w odniesieniu do każdego urzędującego członka organu zarządzającego Advantech Wireless Inc.

Zamawiający w dniu 18 lipca 2016 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj. zaświadczeń o niekaralności wystawionych na podstawie danych Państwowego Repozytorium Karnego prowadzonego przez Centrum Informacji Policji Kanadyjskiej.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przedłożył rozległe wyjaśnienia odnośnie do zaświadczenia o niekaralności uzyskiwanego na podstawie danych Państwowego Repozytorium Karnego prowadzonego na podstawie Centrum Informacji Policji Kanadyjskiej (RCMP). Odwołujący podniósł, że żądany przez zamawiającego certyfikat całkowicie nie odpowiada formie dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 5 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia, bowiem m.in. nie obejmuje swym zakresem przestępstw stypizowanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, stąd pierwotnie załączone do wniosku oświadczenia złożone przez (…), przed notariuszem w Kanadzie, były konieczne i zasadne. W celach dowodowych (m.in. dla potwierdzenia, że certyfikaty wydawane są na potrzeby: zatrudnienia, wydania wizy, wydania pozwolenia na pracę) odwołujący załączył certyfikaty wydane dla (…) z datą 20 i 21 lipca 2016 roku.

Zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 3.5 i 5.2 Ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca zobowiązany był złożyć następujące oświadczenia i dokumenty: Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 Pzp wystawioną nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 3 ppkt 3.5 — składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z sekcją III.2.2) pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu jeżeli wykonawca, wykazuje spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żądał złożenia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 3 Sekcji III.2.1.

Odwołujący wykazywał w postępowaniu spełnienie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp (sytuacji ekonomicznej), polegając na zasobach innego podmiotu tj. Advantech Wireless Inc., na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. W związku z powyższym odwołujący przedłożył w odniesieniu do Advantech Wireless Inc. wszelkie oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 3 Sekcji III.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu.

Z uwagi na fakt, że podmiot udostępniający zasoby Advantech Wireless Inc. ma siedzibę w Kanadzie, a członkowie zarządu Advanteeech Wireless Inc. mają miejsce zamieszkania

poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i zamieszkują w Kanadzie, odwołujący załączył do wniosku oświadczenia członków zarządu Advantech Wireless Inc. (…) odnośnie braku skazania w zakresie odpowiadającym art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, złożone przed notariuszem.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, uznając je za własne.

Przepis art. 24 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu za w związku zarządzającego prawomocnie skazano przestępstwo popełnione 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.

W ocenie Izby, *ratio legis* art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 25 ust. 2 Pzp jak i § 4 ust. 1 lit. b oraz § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia nie jest sformułowanie obowiązku przedłożenia przez wykonawcę jakiegokolwiek zaświadczenia o niekaralności członka zarządu danej osoby prawnej. Przedkładanie zaświadczeń o niekaralności obejmujących swym zakresem brak skazania za przestępstwa przeciwko zdrowiu, życiu, wolnościom seksualnym, itp. uzyskiwanych w związku z chęcią zatrudnienia przy kontakcie z dziećmi, z prowadzeniem wolontariatu na rzecz osób upośledzonych, odbywania podróży zagranicznych czy możliwości adopcyjnych, ma się nijak do wykazania braku skazania za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwa przeciwko prawom osób wykonującym pracę zarobkową, za łapownictwo, za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, lub jakiekolwiek przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści materialnej, a także skarbowe lub przestępstwa uczestnictwa w zorganizowanej grupie lub w związku, którego celem było popełnienie przestępstwa skarbowego, jak i braku skazania za przestępstwo o charakterze terrorystycznym, w związku z chęcią ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie zatem certyfikatu (zaświadczenia) o niekaralności danego członka zarządu nie obejmującego swym zakresem art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest, w ocenie Izby, bezcelowe i niezasadne.

Zakres przestępstw, jakich dotyczy historia kryminalna objęta procedurą w danym kraju, ma decydujące znaczenie, czy dane zaświadczenie ma walor, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz art. 131e ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na potrzeby zamówień publicznych

zamawiający jest przede wszystkim zainteresowany pozyskaniem wiedzy czy wykonawca (członkowie organu zarządzającego) nie popełnił przestępstwa związanego z uzyskaniem zamówienia publicznego, przestępstw w obrocie gospodarczym, czy przestępstwa przekupstwa lub innego przestępstwa związanego z uzyskaniem korzyści majątkowych. Z samego celu (zatrudnienie, uzyskania wizy, zgody na pracę za granicą/wydania pozwolenia na pracę) wydawania certyfikatów RCMP wynika, że zakres zaświadczenia jest odmienny od katalogu wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Cel pozyskania certyfikatu z RCMP jest zdecydowanie odmienny od zaświadczenia wydawanego z KRK na terenie Polski. RCMP uzyskiwane w Kanadzie nie odnosi się zatem do przestępstw gospodarczych związanych z postępowaniami przetargowymi.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 3 marca 2014 roku (KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14, KIO 205/14): „(...) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, wykonawcy zagraniczni, którzy mają swoją siedzibę poza granicami RP, lub szeroko rozumiane osoby zarządzające, które mają miejsce zamieszkania poza

granicami RP — mają obowiązek złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym (wykonawca) ma siedzibę lub (osoba) miejsce zamieszkania lub zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 Pzp. Skoro zatem ustawodawca określił zakres informacji, jakie mają zostać przedstawione zamawiającemu w celu weryfikacji wykonawców, odnosząc się do rodzajów przestępstw (katalogując je w ww. przepisach art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 Pzp), to tylko w tym zakresie informacje mogą zostać zamawiającemu udostępnione. Jak wynika z analizy ww. przepisów, zakres informacji czy to mających znaleźć swoje odzwierciedlenie w dokumencie lub dokumentach, bądź też zamiennie w zaświadczeniu wydanym przez odpowiedni organ musi odnosić się rodzajowo do katalogu przestępstw wymienionych w ustawie Pzp. Jako, że systemy prawne państw różnią się od siebie, Polski ustawodawca nie dookreślił szczegółowo wskazywanego katalogu, nie definiując jednocześnie, co rozumie pod podanymi przez siebie „rodzajami" przestępstw. Dlatego też oceniając dokumenty składane przez wykonawców należy wziąć pod uwagę nie szczegółowe rozumienie konkretnego przepisu wchodzącego w ramy katalogu przestępstw, ale ogólne stwierdzenie, czy taki dany rodzaj (przedmiotowo) przestępstwa, jest ujęty w systemie prawa danego państwa. Jeżeli otrzymujemy odpowiedź pozytywną, a w danym kraju prowadzony jest stosowny rejestr karny, to przyjąć należy, że możliwy jest do pozyskania przez wykonawcę stosowny dokument, który może przedłożyć w postępowaniu. Nie można oczywiście wykluczyć wyjątków, ale jednakże winny być one w sposób bezsprzeczny wyjaśnione i udowodnione przez wykonawcę, który na taki wyjątek się powołuje. Jeżeli zaś w państwie

siedziby firmy czy osoby (fizycznej, zarządzającej) obowiązują przepisy karne, których nie można zdefiniować ani przyporządkować do zdefiniowanych w polskiej ustawie - Prawo zamówień publicznych katalogu przestępstw, to nie sposób wymagać, od takiego wykonawcy, aby przedłożył dokumenty lub zaświadczenia obejmujące tego rodzaju przestępstwa. W takim przypadku, w ocenie Izby, konieczne jest ich zastąpienie dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Zdaniem Izby, w takim przypadku, tylko złożenie oświadczenia przez właściwym organem lub notariuszem wypełnia bowiem dyspozycję powoływanych przepisów w zakresie możliwości zweryfikowania wszystkich informacji dotyczących niekaralności w zakresie katalogu przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 Pzp. Reasumując, powyższe rozważania Izba stoi na stanowisku, że jeżeli w danym państwie (innym niż RP) przepisy karne nie definiują katalogu przestępstw, który byłby zgodny (a co najmniej zbliżony) do katalogu przestępstw określonych wart. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 Pzp, to wykonawca, który podlega przepisom takiego kraju winien jest złożyć, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, oświadczenie złożone przed właściwym organem lub notariuszem. Oświadczenie takie, jako jedyne wiarygodne źródło informacji, umożliwia bowiem właściwą weryfikację wykonawcy w pełnym zakresie, określonym przepisami art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 Pzp.".

Zdaniem Izby, żądany przez zamawiającego certyfikat RCMP nie obejmuje przestępstw z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a jak wskazała Izba w w/w wyroku: „zakres informacji czy to mających znaleźć swoje odzwierciedlenie w dokumencie lub dokumentach bądź też zamiennie w zaświadczeniu wydanym przez odpowiedni organ musi odnosić się rodzajowo do katalogu przestępstw wymienionych w ustawie Pzp".

Powyższe twierdzenia wynikają wprost z treści samego certyfikatu (RCMP), albowiem rzeczony certyfikat to: Certyfikat Kanadyjskiej Policji do celów zatrudnienia, wydania wizy, pracy zagranicą/wydania pozwolenia na pracę. Oznacza to, iż certyfikat wydawany przez „Kanadyjską Policję" dotyczy kwestii związanych tylko i wyłącznie z zakresem objętym tytułem tego certyfikatu. Nadto, jak bezpośrednio oświadczył sam wystawiający rzeczony certyfikat podmiot – „Nie wszystkie informacje o przestępstwach zostają wskazane w krajowym rejestrze informacji o niekaralności. Lokalna weryfikacja oskarżeń może wykazać sprawy karne, których nie wskazano w krajowym rejestrze informacji o niekaralności." Powyższe oznacza, iż nie jest zasadne stanowisko zamawiającego, który

twierdził, że w pełni go satysfakcjonujące i wystarczające do potwierdzenia spełnienia

warunku udziału w postępowaniu jest przedstawienie przez odwołującego certyfikatu RCMP. Skoro bowiem zakres informacji możliwych do pozyskania w oparciu o przepisy prawa kanadyjskiego nie odpowiada zakresowi wymaganych informacji, żądanych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, to nie sposób uznać, iż zamawiający przyjmując i honorując certyfikat zachowałby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zasada ta, jako jedna z naczelnych zasad ustawy Pzp, musi być respektowana przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia i nie można uznać, iż poprzez niejako zwolnienie niektórych podmiotów z obowiązku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niekaralności członków zarządu spółki zagranicznej w pełnym zakresie, wymaganym polskimi przepisami, daje się sanować w odniesieniu do podmiotów mających swoją siedzibę poza granicami RP, tylko w ograniczonym zakresie, tj. w takim, w jakim przepisy danego kraju pozwalają uzyskać odpowiednie swoim zakresem zaświadczenie organu.

Izba podzieliła również wnioski płynące z opinii sporządzonej przez adwokata (…), który w opinii z dnia 1 września 2016 roku, wskazał, iż (cyt.): „RCMP w szczególności nie wydaje i nie obejmuje w takim urzędowym dokumencie przestępstw/wykroczeń przeciwko: prawom osób świadczących pracę zarobkową, łapownictwa, przeciwko obrotowi gospodarczemu, oraz innych czynów niedozwolonych popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie przestępczej w celu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, jak również skazania za: (i) przestępstwo o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 par. 20 polskiej ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks Karny; (ii) przestępstw, o których mowa w art. 165a polskiej ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks Karny. RCMP nie może wydawać szczególnych zaświadczeń, innych niż te przewidziane w ogólnym wzorze zaświadczeń. RCMP nie wydaje i nie może wydawać certyfikatów dotyczących obcych porządków prawnych. RCMP wydaje certyfikat przeznaczony, co do zasady, na cele zatrudnienia, składania wniosków o wydanie wizy, podróży zagranicznych, pozwoleń o pracę i jako taki nie może odbiegać od określonego wzoru takiego certyfikatu. Nie wszystkie informacje o przestępstwach są rozpoznawane przez/znane RCMP. Lokalna weryfikacja zarzutów stawianych na podstawie różnych procedur/ postępowań może wykazać sprawy karne i przestępstwa, które nie zostały wskazane w RCMP.”

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 1660/16

Dnia 5 września 2016 roku wykonawca Indra Sistemas Polska sp. z o.o., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1) czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego,
2) czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, 3.1, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu,
3) zaniechania czynności wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, 3.1, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu, tym razem ze wskazaniem, że podstawą wezwania jest

to, iż zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) i (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa,

4) zaniechania czynności zakwalifikowania odwołującego do składania ofert wstępnych zgodnie z postanowieniami sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu,

5) zaniechania czynności przekazania odwołującemu zaproszenia do składania ofert wstępnych wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, 3.1, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu;

2) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, 3.1, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu, tym razem ze wskazaniem, że podstawą wezwania jest to, iż zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa,

3) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 57 ust. 2, 3, 4 i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności zakwalifikowania odwołującego do składania ofert wstępnych zgodnie z postanowieniami sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz poprzez zaniechanie czynności przekazania odwołującemu zaproszenia do składania ofert wstępnych wraz z s.i.w.z.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wykluczenia odwołującego z postępowania,

b) powtórzył czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego,

c) dokonał czynności wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, 3.1, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu, tym razem ze wskazaniem, że podstawą wezwania jest to, iż zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa,

d) dokonał czynności zakwalifikowania odwołującego do składania ofert wstępnych zgodnie z postanowieniami sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu,

e) dokonał czynności przekazania odwołującemu zaproszenia do składania ofert wstępnych wraz z s.i.w.z.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z postanowieniami sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, odwołujący zostałby zakwalifikowany do składania ofert wstępnych, a zamawiający dokonałby czynności przekazania odwołującemu zaproszenia do składania ofert wstępnych wraz z s.i.w.z. W rezultacie odwołujący mógłby nadal uczestniczyć w postępowaniu i ubiegać się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Poprzez odpowiednio dokonanie i zaniechanie wskazanych powyżej czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił jakąkolwiek szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji *(lucrum cessans).* Wykluczenie odwołującego z postępowania powoduje bowiem,

że nie może on złożyć swojej oferty, a nawet jeśli by ją złożył, to zostałaby ona odrzucona przez zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jedyną podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania było to, że w ocenie zamawiającego nie było możliwe kolejne wezwanie do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Indra Sistemas S.A., tym razem ze względu na zakres umocowania osób, które podpisały ten dokument. Z takim stanowiskiem zamawiającego nie zgodził się odwołujący, a zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym pisemnego zobowiązania Indra Sistemas S.A., stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie zamawiający nie wskazał żadnych innych powodów, dla których uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym w sekcji III.2.2 pkt 1.1, 1.2, III.2.3 pkt 1, 5.1 ogłoszenia o zamówieniu. Ponieważ wezwanie odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było i jest możliwe, wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, uznać należy za bezpodstawne i przedwczesne.

Zamawiający zaniechanie kolejnego wezwania odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnił tym, że: „punkt *II powyższego wezwania zawiera jednoznaczną wątpliwość, co do należytego umocowania osób podpisujących zobowiązanie i tym samym skutkowało wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Skoro wykonawca jednocześnie uzupełnił zobowiązanie prawidłowe, co do formy oraz potwierdził,* że *jest to dokument wadliwy ze względu na zakres umocowania osób sporządzających ten dokument, to wezwanie do uzupełnienia dotyczyłoby tego samego dokumentu, co do którego instytucja uzupełnienia dokumentu została uprzednio zastosowana. Powtórne wezwanie do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Indra Sistemas S.A. naruszałoby zasadę podstawową zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”.*

Z powyższym wywodem nie zgodził się odwołujący. W ocenie odwołującego, w rzeczywistości nie było i nie ma żadnych przeszkód, aby zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponownie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tym razem z tego względu, że zobowiązanie załączone do wniosku nie zostało podpisane przez osoby do tego uprawnione. Odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Indra Sistemas S.A. do oddania wykonawcy, do dyspozycji,

---

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wyłącznie ze względu na niezachowanie wymagań, co do formy zobowiązania, tj. ze względu na złożenie zobowiązania w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy zamiast w oryginale. W wezwaniu do uzupełnienia z dnia 18 lipca 2016 r., zamawiający nie podniósł żadnych zastrzeżeń, co do umocowania osób, które podpisały zobowiązanie w imieniu Indra Sistemas S.A., w szczególności nie wskazał, że wzywa do uzupełnienia zobowiązania ze względu na brak umocowania osób, które podpisały je w imieniu Indra Sistemas S.A. Tym samym wezwanie do uzupełnienia zobowiązania z tego powodu było i jest jak najbardziej możliwe i nie będzie stanowić naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i nie będzie stanowić naruszenia podstawowej zasady zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, powodem wezwania do uzupełnienia nie było stanowisko zamawiającego wskazujące na brak należytego umocowania osób podpisujących zobowiązanie. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał ani nawet nie zasugerował, że wezwanie do uzupełnienia dotyczy także tej kwestii. Co więcej, formułując w pkt II wezwania z dnia 18 lipca 2016 r., wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający również nie wskazał ani nawet nie zasugerował, że jeżeli ze złożonych wyjaśnień będzie wynikać, iż zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa, to odwołujący ma je jednocześnie uzupełnić nie tylko, co do prawidłowej formy, ale także co do podpisu osoby czy osób uprawnionych do reprezentacji Indra Sistemas S.A. w wystarczającym zakresie.

Co więcej, zamawiający nawet nie zasugerował w swoim wezwaniu, że zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa, przeciwnie, zamawiający niczego w tym zakresie nie przesądzał ani nie sugerował i ograniczył się wyłącznie do prośby o wyjaśnienie: *„(...) czy zobowiązanie Indra Sistemas S.A. zostało podpisane przez (…) bez przekroczenia zakresu udzielonego im pełnomocnictwa.”.*

Podsumowując, w ocenie odwołującego, kompletnie bez znaczenia jest argument zamawiającego, że: *„(...) wezwanie do uzupełnienia dotyczyłoby tego samego dokumentu, co do którego instytucja uzupełnienia dokumentu została uprzednio zastosowana."* Jak to już bowiem wykazano, zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia nie ma charakteru absolutnego i odnosi sie tylko do takiej sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, w jednym wezwaniu wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Zdaniem odwołującego, zamawiający w wezwaniu z dnia 18 lipca 2016 r., nie wskazał, iż wadą zobowiązania Indra Sistemas S.A. jest podpisanie go przez (…) z przekroczeniem zakresu udzielonego im pełnomocnictwa i że w związku z tym zamawiający wzywa do uzupełnienia prawidłowo podpisanego zobowiązania.

15

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż znaczenie ma fakt, iż zamawiający w tym samym piśmie (wezwaniu) zwrócił uwagę odwołującego na możliwość podpisania dokumentu Zobowiązania z przekroczeniem zakresu udzielonego pełnomocnictwa. Tym samym odwołujący miał pełną świadomość, co do błędów występujących w dokumentach złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Okoliczności tych nie zmienia fakt przywołania w piśmie zamawiającego podstawy prawnej z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wg. zamawiającego byłby to niczym nieuzasadniony formalizm, gdyż z pisma zamawiającego jasno wynika, jakie braki zostały dostrzeżone przez zamawiającego w dokumentach, których dotyczyło wezwanie do uzupełnienia. Potwierdza to pismo odwołującego z dnia 1 sierpnia 2016 r., w którym odwołujący sam przyznał, że uzupełnia dokument wadliwy, przyznając, iż został on podpisany przez osoby do tego nieupoważnione. Stąd wniosek odwołującego dotyczący ponownego wezwania do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Indra Sistcmas S.A. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tym razem z tego względu, że zobowiązanie załączone do wniosku nie zostało podpisane przez osoby do tego uprawnione, w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu do uzupełnienia tego dokumentu zamawiający wskazał, iż uzupełniony dokument musi być opatrzony „własnoręcznym podpisem osób uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu udostępniającego wykonawcy własne zasoby” oraz unaocznił odwołującemu możliwość jego podpisania przez osoby do tego nieupoważnione, został oceniony przez zamawiającego, jako nadużycie prawa, zmierzające do przedłużenia postępowania i zyskania dodatkowego czasu na uzupełnienie prawidłowego dokumentu. Z tego względu takie działanie odwołującego, w opinii zamawiającego, nie zasługuje na ochronę.

W konsekwencji odwołujący, który samodzielnie nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz nie przedstawił prawidłowego dokumentu zobowiązania do udostępnienia mu niezbędnych zasobów przez podmiot trzeci, został, w ocenie zamawiającego, prawidłowo wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie podzielił również stanowiska odwołującego o możliwości ponownego wezwania dokumentu Zobowiązania, gdyż, jak to zostało opisane powyżej, odwołujący został już wezwany do uzupełnienia w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uzupełnił dokument niezgodnie z żądaniem. Powyższe naruszałoby ugruntowaną w praktyce i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

16

W efekcie prawidłowe działania zamawiającego w powyższym zakresie nie mogą stanowić naruszenia art. 57 ust. 2-5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, uznając ją za własną.

Odwołujący, składając wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, posłużył się, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zasobami podmiotu trzeciego, tj. Indra Sistemas S.A. W związku z powyższym, odwołujący przedstawił wraz z wnioskiem Zobowiązanie wskazanego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów na czas trwania zamówienia wraz z dokumentem potwierdzającym umocowanie osób podpisujących wskazane zobowiązanie w imieniu spółki Indra Sistemas S.A. Powyższe dokumenty, zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego, jak również pełnomocnictwo do jego podpisania zostały złożone w formie niedopuszczalnej, tj. w formie kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy.

Z tego względu zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania Indra Sistemas S.A., do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumentu potwierdzającego umocowanie (pełnomocnictwa) osób reprezentujących Indra Sistemas S.A.

W odpowiedzi na powyższe pismo odwołujący uzupełnił dokument pełnomocnictwa w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza oraz dokument

---

Zobowiązania Indra Sistcmas S.A. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, opatrzony własnoręcznymi podpisami (…). Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, iż (…) podpisali uzupełnione Zobowiązanie z przekroczeniem, zakresu udzielonego im pełnomocnictwa.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Jak wynika z ww. przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wadliwych dokumentów lub ich braku, lub pełnomocnictw, w przypadku, gdy ocena dokumentów lub pełnomocnictw dokonana przez zamawiającego, doprowadzi do wniosku, że nie potwierdzają one żądanych parametrów (podmiotowych lub przedmiotowych). Ustawodawca nie sprecyzował w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy wada danego dokumentu musi mieć charakter formalny czy też merytoryczny, dlatego też należy przyjąć, że każda wada dokumentu musi wywołać, po stronie zamawiającego, określony skutek w postaci wezwania danego wykonawcy do skonwalidowania wady oferty (wniosku).

Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie utrwalił się pogląd, że wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma charakter wyjątkowy i jednorazowy.

Przedkładając powyższe na stan faktyczny sprawy, stwierdzić należało, że zamawiający prawidłowo ocenił, a w konsekwencji wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, iż odwołujący składając swój wniosek, w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, złożył go w formie niedopuszczonej przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, dlatego też odwołujący został wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Odwołujący uzupełnił żądany przez zamawiającego dokument, jednakże nadal nie był to dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem odwołujący był już raz wezwany do uzupełnienia wniosku, to brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do ponownego uzupełnienia wniosku o prawidłowe dokumenty. Odwołujący miał już szansę na oczyszczenie swojego wniosku z wszelkich nieprawidłowości,

---

jednakże z szansy tej nie skorzystał. Wielokrotne wzywanie odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Za absurdalne uznać należy stanowisko odwołującego, że skoro zamawiający nie wskazał w wezwaniu na wadę dokumentu związaną ze sposobem reprezentacji, to ma obowiązek ponownie wezwać odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. Zdaniem Izby, to na wykonawcy (odwołującym) spoczywał obowiązek prawidłowego uzupełnienia dokumentu, w taki sposób, który umożliwiałby jego prawidłową weryfikację przez zamawiającego. Złożenie przez wykonawcę dokumentu, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, musi bowiem wypełniać cel uzupełnienia, tj. musi konwalidować wadliwość dokumentu pierwotnego. W przedmiotowym postępowaniu, świadome działanie odwołującego, który wiedząc, że składany na wezwanie zamawiającego dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, musi spotkać się ze zdecydowaną krytyką.

Dlatego też czynność zamawiającego, w zakresie wykluczenia odwołującego, uznać należało za prawidłową.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: ……