

Sygn. akt: KIO 2781/11

## WYROK

z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia **27 grudnia 2011 r.** przez wykonawcę: **Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej ul. Konstruktorska 3 A, 02 - 673 Warszawa**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa**,
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. ul. Migdałowa 4, 02-796 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

### Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego "Na przeprowadzenie weryfikacji raportów z realizacji sprzedaży jednostek przyznanej emisji (AAU)," o wartości powyżej kwot określonych na podstawie przepisów art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, ogłoszonym 1 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 189-308700, w dniu 27 grudnia 2011 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 16 grudnia 2011 r. za pośrednictwem faksu o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą, polegających na: wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, a także zatrzymaniu wadium (zaniechaniu jego zwrotu), odwołujący zarzucił zamawiającemu: Narodowemu Funduszowi Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez uznanie, że przedłożony dokument nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez bezpodstawne stwierdzenie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie dowiódł, że nie podlega wykluczeniu) i w konsekwencji dokonanie wykluczenia, choć brak było ku temu przesłanek;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy, przez uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu;
- 4) art. 46 ust. 4a ustawy, przez zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego, pomimo, iż nie ziszczyły się ustawowe przesłanki;
- 5) art. 46 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie zwrotu wadium;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wielu przepisów ustawy Pzp;
- 7) oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i czynności uznania jego oferty za odrzuconą,
- 4) unieważnienia czynności zatrzymania wadium;
- 5) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 6) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jednym z wymogów opisanych w treści Instrukcji dla Wykonawców Zamówienia (cz. I SIWZ) było wykazanie braku podstaw do wykluczenia przez przedłożenie m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub odpowiednika takiego zaświadczenia w przypadku wykonawców posiadających miejsce zamieszkania/siedzibę poza terytorium RP. Przedmiotowy dokument zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należało przedłożyć dla wszystkich urzędujących członków organu zarządzającego. W skład organu zarządzającego odwołującego wchodziły dwie osoby: p. Kirkby Andrew Mark oraz p. Bogdan Sperski. Wraz z ofertą przedłożono jedynie informację z KRK dotyczącą p. Bogdana Sperskiego. W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2011 r. (otrzymanym w dniu 29 listopada 2011 r.), wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia stosownego dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia. Odwołujący wyjaśniał, że z zachowaniem wyznaczonego terminu (tj. do dnia 6 grudnia 2011 r.) uzupełnił żądany dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 15 listopada 2011 r., w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem. Dokument został jednak oceniony przez zamawiającego jako niepotwierdzający braku podstaw do wykluczenia, a tym samym i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. - Informacja dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej - odwołujący został poinformowany o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 tej ustawy. O wadliwości przedłożonego oświadczenia przesądzały, zdaniem zamawiającego, następujące okoliczności:

- złożenie oświadczenia przed innym niż właściwy ze względu na miejsce zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark notariuszem,
- brak załączonego pełnego tłumaczenia na język polski treści dokumentu zawierającego oświadczenie,

- czynności notariusza ograniczyły się jedynie do poświadczenia złożenia podpisu przez p. Kirkby Andrew Mark, co oznacza, że oświadczenia nie złożono w wymaganej formie, tj. przed notariuszem.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący kwestionował stanowisko zamawiającego, że dokument zawierający oświadczenie o niekaralności p. Andrew Kirkby członka zarządu odwołującego z powodu swojej rzekomej wadliwości nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia, a więc i spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wbrew twierdzeniom przedstawionym przez zamawiającego w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r., przekonywał, że dokument obejmujący oświadczenie zastępujące zaświadczenie z KRK dla członka zarządu - uzupełniony przez odwołującego, został przygotowany prawidłowo (z zachowaniem wymogów) i potwierdza brak podstaw do wykluczenia, a tym samym i spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przypomniał, że po wejściu w życie tzw. „małej” nowelizacji Prawa zamówień publicznych, zamawiający może wykluczyć wykonawcę za niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, a nie za brak dokumentu. Ocena złożonego oświadczenia przez zamawiającego została zatem dokonana w sposób wadliwy i z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśniał, że w chwili obecnej miejscem zamieszkania p. Andrew Kirkby, w którym koncentruje się jego codzienne życie, w tym w szczególności życie zawodowe, jest Francja, w której, ze względu m.in. na funkcje pełnione w strukturach odwołującego - Bureau Veritas Certification, przebywa co najmniej od 1,5 roku. Wielką Brytanię w treści oświadczenia wskazano jedynie ze względu na fakt, iż stamtąd pochodzi p. Andrew Kirkby i przez znaczną część życia przebywał na terytorium tego państwa. Nie mając świadomości, jakie znaczenie dla sprawy ma przedmiotowa informacja, podał adres „zameldowania” jako bardziej oficjalny. W rzeczywistości jednak wymieniona osoba aktualnie zamieszkuje na terytorium Francji. Zatem ten kraj należy uznać za jej miejsce zamieszkania, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Odwołujący zaznaczał, że miejscem zamieszkania osoby fizycznej w myśl postanowień art. 25 K.c. jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Przy tym należy rozróżnić miejsce zamieszkania jako pojęcie cywilistyczne, od pojęcia zameldowania w miejscu pobytu stałego lub czasowego - jako czynności z zakresu prawa administracyjnego. Miejscem zamieszkania może być miejscowość (rozumiana także jako wieś), lub w znaczeniu ściślejszym, oznaczenie konkretnego lokalu mieszkalnego, z określeniem nie tylko miejscowości, ale również nazwy ulicy (jeśli w miejscowości są ulice), numeru domu i mieszkania. Przy określaniu miejsca zamieszkania, w ścisłym znaczeniu tego pojęcia, wskazuje się często także nazwę województwa, w którym

miejscowość jest położona. Istotny jest zarówno fakt fizycznego przebywania w danej miejscowości (corpus) jak i wola przebywania w niej (animus). Wola przebywania w danym miejscu jest pojęciem subiektywnym. Musi wiązać się z tym, iż miejsce to stało się ośrodkiem życia codziennego osoby fizycznej, w którym skoncentrowane są jej plany życiowe. Dane miejsce nie traci przymiotu miejsca zamieszkania wskutek dłuższego lub krótszego oddalenia się z niego, pod warunkiem, że osoba nie traci rzeczywistego związku z tym miejscem. Odwołujący powołał się na poglądy wyrażone w orzecznictwie:

- w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu wskazano, że: „Kryteria determinujące pojęcie miejsca stałego pobytu, dotyczą zarówno więzów zawodowych i osobistych danej osoby z określonym miejscem, jak i długości tych więzów, i tym samym winny być analizowane łącznie. Za miejsce stałego pobytu uznać należy miejsce, w którym zainteresowany ustanowił stałe centrum swych interesów. W sytuacji, gdy ocena ogólna powiązań zawodowych i osobistych nie wystarcza, to dla zlokalizowania stałego centrum interesów danej osoby, aby go określić, należy dać pierwszeństwo powiązaniom osobistym.” (wyrok sygn. akt C-392/05, opublikowany w: LEX nr 258099.).
- w wyroku z dnia 15 stycznia 2009 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego wskazano, że: „Zamieszkanie jest prawną kwalifikacją określonego stosunku danej osoby do miejsca, na którą składają się dwa elementy: przebywanie w sensie fizycznym w określonej miejscowości (corpus) oraz wola, zamiar stałego pobytu (animus). Oba te elementy muszą występować łącznie. Zatem przy ustalaniu zamiaru nie można poprzestawać tylko na oświadczeniach zainteresowanej osoby, ponieważ sam zamiar stałego pobytu w danej miejscowości nie stanowi o zamieszkanianiu, lecz musi być połączony z przebywaniem w danej miejscowości, i to z takim przebywaniem, które ma cechy założenia tam ośrodka swoich osobistych i majątkowych interesów” (wyrok NSA, sygn. akt II FSK 896/08, LEX nr 478565).

Odwołujący wywodził, że w świetle przyjętej wykładni pojęcia „miejsce zamieszkania” widocznym jest, iż oświadczenie o niekaralności powinno zostać złożone przed francuskim notariuszem - jako notariuszem miejsca zamieszkania osoby, której dotyczy. Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy, przed takim też zostało złożone. W związku z tym, zdaniem odwołującego, zachowano dyspozycję przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że brak przetłumaczenia części dokumentu zawierającego oświadczenie (przy czym nie jest to brak w zakresie treści samego oświadczenia, które jest tu najistotniejsze a jedynie oddzielnej klauzuli) - nie stanowi o jego wadliwości. Meritum stanowiące o braku podstaw do wykluczenia - co umożliwiło również i potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zostało bowiem w pełni przetłumaczone i dało możliwość zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący nie zgodził się także kolejną kwestią, która, zdaniem zamawiającego, przesądzała o nieprawidłowości uzupełnionego dokumentu – polegającą na przyjęciu, że notariusz potwierdził jedynie złożenie podpisu pod oświadczeniem - w ocenie odwołującego, oparte zostało jedynie na domniemaniach, co w tak istotnej sprawie i wobec tak dotkliwych konsekwencji (wykluczenia) uznał za niedopuszczalne. Według odwołującego, istotą uznania, że oświadczenie złożono przed notariuszem są następujące fakty:

- (...) dokument złożony przez wykonawcę (...) opatrzony jest pieczęcią, z której wynika, że potwierdza ona złożenie podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie. Notariusz stwierdził więc jedynie, że (...) złożył swój podpis pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem (...). Przepis ten wprost bowiem przewiduje dla dokumentu formę oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga:

- a) zrozumienia przez niego treści składnego oświadczenia;
- b) wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie;
- c) fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem;
- d) oraz złożenia oświadczenia (...),

- wyrok SO w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07).

Odwołujący zaznaczał, że jeśli złożony przez przedsiębiorcę zagranicznego dokument z oświadczeniem spełni łącznie wszystkie wskazane powyżej wymogi należy uznać, iż jest on prawidłowy. W przedmiotowej sytuacji, według odwołującego, spełnione zostały wszystkie ww. przesłanki, w tym w szczególności wskazano tożsamość osoby składającej oświadczenie, potwierdzono fakt i datę stawiennictwa przez notariuszem oraz złożono oświadczenie („niniejszym oświadczam przed notariuszem, iż (...) na dzień 15 listopada 2011 r.”). Powyższe potwierdza, jak ocenił odwołujący, że zachowano wymaganą przepisami prawa formę i nie przeczy temu fakt, iż oświadczenie złożono w innym niż francuski języku - nie oznacza to bowiem, że notariusz nie zrozumiał jego treści, ponadto nie jest przewidziane, w jakim ma być ono złożone języku - dla swojej ważności.

Odwołujący przekonywał, że w trakcie uzupełnienia - złożono prawidłowy dokument, czym potwierdzono brak podstaw do wykluczenia i tym samym spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji nie było przesłanek tak faktycznych jak i prawnych do wniosków przeciwnych i wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania. Pomimo tego, zamawiający podjął jednak decyzję o wykluczeniu wykonawcy, co uzasadnia zarzut naruszenia zarówno dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 8 jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na marginesie zaznaczył, że zamawiający miał możliwość żądania wyjaśnień treści

złożonego dokumentu, co pozwoliłoby na rozwianie odpowiednio wcześniej wszelkich wątpliwości i uniknięcie naruszenia przepisów ustawy Pzp. Ostatecznie nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia, co należy uznać za nieprawidłowe, jeśli brać pod uwagę dotkliwość sankcji wykluczenia wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Skoro w świetle założonych tez w odniesieniu do okoliczności faktycznych, zdaniem odwołującego - nie było podstaw, by wykluczyć go z postępowania, w związku z czym niesłusznym było również uznanie jego oferty za odrzuconą. Tylko zasadne wykluczenie wykonawcy dawałoby taką podstawę. Podjęcie przez zamawiającego decyzji o uznaniu oferty za odrzuconą bezsprzecznie przesądza zatem o naruszeniu dyspozycji ww. przepisu ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Chociaż do zatrzymania wadium oficjalnie jeszcze nie doszło (brak jest decyzji zamawiającego w tym zakresie), z daleko posuniętej ostrożności odwołujący uznał za konieczne również podniesienie i tego zarzutu. W sytuacji zatrzymania wadium bezsprzecznie dojdzie bowiem do naruszenia dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a z pisma z dnia 19 grudnia 2011 r. (znak ZZP/32/1287/2011) wynika, iż zamawiający ma taki zamiar (w przeciwnym razie już by dokonano zwrotu kwoty wadium). Regulacja art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący zaznaczał, że w związku z powyższym, uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium, powstaje dopiero momencie nie wykazania przez wykonawcę, iż nie uzupełnienie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Tym samym ocena przyczyn zaprezentowanych przez wykonawcę zamawiającemu powinna być dokonana w związku ze stanem faktycznym i specyficznymi okolicznościami przedmiotowej sprawy. Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 11 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2805/10 i KIO 2010/10, w którym podano „Nie sposób (...) doktrynalnie przesądzić o sposobie zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp oraz generalnie określić sposób czy zakres stosownych uzupełnień (ich wad), które warunkują zatrzymanie wadium wniesionego przez wezwanego wykonawcę.”

Odwołujący ponownie wskazywał, że p. Andrew Kirkby co najmniej od 1,5 roku pracuje i w praktyce mieszka we Francji, co jest związane z pełnioną przez niego funkcją członka zarządu spółki, której siedziba mieści się właśnie na terytorium tego państwa. Jednocześnie p.

Andrew Kirkby nie ma obecnie stałego miejsca zameldowania na terenie Francji. W ocenie odwołującego, szczególnego podkreślenia wymaga, iż na terenie Francji skupia się całe życie zawodowe pana Andrew Kirkby. W związku z powyższym, celem zachowania dyspozycji obowiązujących przepisów, konieczne byłoby przedstawienie zaświadczenia potwierdzającego brak karalności p. Andrew Kirkby wystawionego przez stosowny organ francuski. Biorąc jednak pod uwagę obowiązujące we Francji przepisy stwierdził, iż nie ma żadnej obiektywnej możliwości uzyskania przedmiotowego zaświadczenia. Francuski odpowiednik KRK jest bowiem wydawany jedynie osobom na stałe zameldowanym we Francji. Zatem niezależnie od tego, czy wystąpiono by we Francji o wydanie przedmiotowego zaświadczenia potwierdzającego brak karalności i tak niemożliwym byłoby jego uzyskanie dla p. Andrew Kirkby. W świetle obowiązujących przepisów, należało zatem przedstawić dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, co też uczyniono. Odwołujący zaznaczał, że jedyną możliwością, która mu pozostała, ze względu na czas wyznaczony do złożenia dokumentu jak i obiektywną niemożność uzyskania dokumentu, było sporządzenie stosownego oświadczenia. Zaś użyte w treści kwestionowanego przez zamawiającego oświadczenia sformułowanie: „permanent domicile in United Kingdom” przyjął za sformułowanie niefortunne, wynikające raczej z długoletniego posiadania miejsca zamieszkania w Wielkiej Brytanii. Aktualnym miejscem pracy i zamieszkania wymienionej osoby jest Francja. Odwołujący zaznaczył, iż p. Andrew Kirkby nie posiadał wiedzy, jakie konsekwencje rodzi użycie przywołanego sformułowania „permanent domicile,” co jest szczególnie ważne biorąc pod uwagę okoliczność, iż odwołujący po raz pierwszy uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i nie posiada praktycznej wiedzy na gruncie prawa zamówień publicznych. Określona w sposób generalny kategoria „przyczyn leżących po stronie wykonawcy,” które mogą przesądzić o braku zatrzymania wadium, pozwala więc na znaczny margines ocenneści przy zastosowaniu przepisu przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, zatrzymanie przez zamawiającego wadium w kontekście powyżej zaprezentowanego stanu faktycznego stanowiłoby sankcję zupełnie nieuzasadnioną. Odwołujący składając bowiem oświadczenie, jako dokument wymagany przez zamawiającego - w związku z wezwaniem do uzupełnienia, wykazał tym samym wolę kontynuowania swego udziału w postępowaniu oraz zamiar zawarcia umowy. Nieuprawnionym więc byłoby narażenie go na dwukrotne ponoszenie konsekwencji swojego czynu, raz w postaci wykluczenia z postępowania, dwa - zatrzymania wadium.

Odwołujący argumentował, że ocenę przedmiotowego przypadku należy ponadto przeprowadzić z uwzględnieniem zapewnienia realizacji celu regulacji dotyczącej zatrzymywania wadium w przypadku opisanym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, czyli przede wszystkim zapobieganie tzw. znikom przetargowym wykonawców, o których w kontekście przedmiotowej sprawy nie może być mowy. Zaznaczał, że w orzecznictwie Krajowej Izby



Odwoławczej przeważające jest stanowisko, iż formalne uzupełnienie dokumentu - mimo że taki dokument, w ocenie zamawiającego, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp (wyrok KIO z 31 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 309/10). Obowiązujący od października 2008r. art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,” należy interpretować literalnie. Zatem skoro przepis ten nie wspomina o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami w razie złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw zawierających błędy - a mowa w nim jedynie wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to jedyną sytuacją uprawniającą zamawiającego do zatrzymania wadium na jego podstawie jest „fizyczny” brak dokumentu. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 21 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 590/09: „Literalne brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącza prawo zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku złożenia dokumentu wynikającego z art. 25 ust. 1 ustawy na wezwanie zamawiającego, pomimo iż może on nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma prawo zatrzymać wadium jedynie w przypadku nie złożenia dokumentu na wezwanie zamawiającego.”

Możliwość zatrzymania wadium w przypadku nieuzupełnienia dokumentów była także przedmiotem rozważań Izby w wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, w którym KIO podkreśliła, iż: „Po pierwsze, (...) wprowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. przepis, (...) ma restrykcyjny charakter i powinien być interpretowany w sposób ścisły. Po drugie, wobec celu, jaki przyświecał Ustawodawcy, tj. przeciwdziałaniu działaniom Wykonawców, którzy dokonywali tzw. „zmowy” celem uzyskania zamówienia publicznego o znacznie wyższej wartości niż faktycznie można było je wykonać, nie bez znaczenia jest kwestia udowodnienia lub też nie, iż wynika to z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy. Po trzecie. Izba zwraca uwagę na różne przesłanki wykluczenia z mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 pkt 4 Pzp, co dodatkowo stanowi argument za ścisłym rozumieniem art. 46 ust. 4a Pzp.(...). W art. 46 ust. 4a Pzp chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie taki brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tego zagadnienia w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4 wynika m.in. z faktu, że inne są przesłanki w tym przepisie i wskazanym powyżej, jak również inny cel jego wprowadzenia. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp doprowadziłoby bowiem do sytuacji tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający mógłby

zatrzymać wadium wraz z odsetkami. (...). Wadliwe przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia złożonej oferty oraz okoliczność złożenia dokumentu, choć w ocenie Zamawiającego nie potwierdzającego spełnianie jednego z warunków nie może skutkować zajęciem wadium wraz z odsetkami." Wyrok KIO z dnia 16.01.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08. Podobnie charakter przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wyeksponowany został w wyroku KIO z dnia 26.01.2010 r., (sygn. akt KIO/UZP 1749/09). Izba wskazała, iż przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma charakter restrykcyjny, gdyż określa on wobec wykonawcy sankcję w postaci zatrzymania wadium. Zdaniem składu orzekającego, taki charakter omawianej regulacji nie pozwala na jej wykładnię rozszerzającą. Wobec tego, stosując wykładnię językową, należy dojść do wniosku, iż okoliczność uzasadniająca zatrzymanie wadium stanowi jedynie niezłożenie wymaganych dokumentów: „Złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy nie wyczerpuje zatem ustawowej przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a pzp. Skoro zatem odwołujący złożył dokumenty na wezwanie zamawiającego, które w ocenie odwołującego potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to zatrzymanie przez zamawiającego wadium nie odpowiada przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych." Natomiast w orzeczeniu KIO z 27 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 488/09) Izba uznała, iż: „Nie można rozszerzająco uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca przedłożył dokument zawierający błąd. W przypadku złożenia błędnego dokumentu na wezwanie do uzupełnienia, wykonawca (choć nieskutecznie) wykazuje wolę kontynuowania swego udziału w postępowaniu i zamiar zawarcia umowy i dlatego nie powinien być podwójnie karany z jednej strony wykluczeniem z postępowania, a z drugiej zatrzymaniem wadium. Dopiero zaniechanie złożenia dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw mimo wezwania wskazuje na wolę wycofania się z postępowania, już po upływie terminu składania ofert, a więc w sytuacji, kiedy zamawiający ma prawo oczekiwać, że dojdzie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Takie zachowanie wykonawcy jest naganne i sprzeczne z celem postępowania o zamówienie publiczne i uzasadnia nałożenie dodatkowej sankcji zatrzymania wadium."

Zatem z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zamawiający nie jest uprawniony do zatrzymania wadium, gdy wykonawca przedłoży w następstwie skierowanego do niego wezwania dokumenty zawierające błędy.

Tytułem przykładu, odwołujący przytoczył następujące tezy:

- „Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle (uwzględniając obiektywne udowodnione przyczyny nie leżące po stronie wykonawcy) nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo, że taki dokument może - w ocenie zamawiającego - nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości

zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych " – wyrok KIO/UZP 309/10 z dnia 31 marca 2010 r.

Wyżej wyrażony pogląd, został następnie podzielony przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu, który, w wyroku z dnia 20.05.2010 r., sygn. akt I ACa 357/10, stwierdził, iż z dyspozycją przepisu art. 46 ust. 4a pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). Odwołujący przywołał także wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1311/10: KIO/UZP 1312/10: KIO/UZP 1313/10), w którym podkreślono, iż: „Utratą wadium sankcjonowana jest wyłącznie bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. "

Odnosząc powyższe poglądy do stanu faktycznego niniejszej sprawy, wskazywał iż na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp - złożył przedmiotowy dokument (oświadczenie o niekaralności p. Kirkby Andrew Mark), z zachowaniem wyznaczonego terminu. Tym samym nie zaistniała sytuacja, która uprawniałaby zamawiającego do zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Pzp - ponieważ nie może być mowy o „fizycznym” braku dokumentu - ten bezsprzecznie, co przyznał sam zamawiający, został uzupełniony. Zatem zamawiający nie jest w ogóle uprawniony do zatrzymania wadium, skoro odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, przedstawił wymagany dokument. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, iż art. 46 ust. 4a ustawy Pzp należy stosować z rozwagą i zgodnie z obowiązującą wykładnią, przytoczoną powyżej. Powołanie się na pogląd przeciwny, jednostkowy, w świetle którego samo uzupełnienie dokumentu nie jest wystarczające, ponieważ konieczne jest jeszcze, by potwierdzał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu - uznał odwołujący za nieuzasadnioną nadinterpretację, skutkującą niewłaściwym zastosowaniem przywołanej regulacji. Zdaniem odwołującego, szczególnego podkreślenia wymaga zatem, iż w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium wniesionego przez odwołującego byłoby bowiem równoznaczne z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, który zostałyby zastosowany pomimo braku ku temu przesłanek.

Zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją powyższego przepisu, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 46 ust 4a Pzp. Z powyższego wprost wynika, że co do zasady zwrot wadium jest obowiązkiem zamawiającego, a jego zatrzymanie możliwe jest tylko w ściśle określonych okolicznościach. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym nie

ziściła się żadna z przesłanek opisanych powyżej, tj. jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, ani, co dowodził powyżej, nie powinien znaleźć zastosowania art. 46 ust 4a Pzp. Zamawiający zobowiązany był zatem niezwłocznie zwrócić wadium, czego jednak wbrew przepisom nie uczynił, naruszając ich dyspozycję.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za w pełni uzasadnione poczytał odwołujący, przypisanie zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zastosowanie w sposób prawidłowy powołanych wyżej fundamentalnych, dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto, naruszył również wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadę, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Pismem z dnia 4 stycznia 2012 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, jednocześnie podał.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, zgodnie z informacją przekazaną w dniu 16 grudnia 2011r., wykonawca Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał braku postaw do wykluczenia, a nie jak twierdzi odwołujący „za brak dokumentu.” Odwołujący, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w pkt 8.1. części I SIWZ, tj. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) oraz pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, zobowiązany był wykazać m.in. brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie, zgodnie z pkt 9.3.5. IDW oraz pkt III 2.1) ogłoszenia, potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie ww. przesłanki powinno nastąpić przez przedłożenie właściwego dokumentu, określonego zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej rozporządzeniem, tj.: 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.

W przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca zobowiązany był złożyć w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5-8 ustawy, 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 złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Dokumenty i oświadczenia, wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany był złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a dokumenty sporządzone w języku obcym, wraz z tłumaczeniem na język polski.

Uwzględniając treść przedłożonych wraz z ofertą dokumentów bezspornym jest, że:

- zgodnie z informacją zawartą w kopii aktualnego odpisu z KRS, Bureau Veritas Certification Polska Sp. z o.o. jest wykonawcą mającym siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, adres siedziby: ul. Migdałowa nr 4, 02-796 Warszawa, kraj Polska;
- w skład Zarządu spółki wchodzi: p. Kirkby Andrew Mark członek Zarządu i p. Sperski Bogdan Prezes Zarządu;
- odwołujący wraz z ofertą przedłożył kopię, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, informacji z KRK dotyczącej jedynie p. Bogdana Sperskiego; brak było natomiast informacji dotyczącej p. Kirkby Andrew Mark.

W związku z powyższym, pismem z dnia 28 listopada 2011 r. odwołujący został wezwany do uzupełnienia stosownego dokumentu dotyczącego p. Kirkby Andrew Mark, potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący przedłożył, w formie oryginału, oświadczenie w języku angielskim p. Kirkby Andrew Mark o niekaralności z adnotacją i pieczęciami notariusza w języku francuskim wraz z tłumaczeniem dokumentu na język polski w zakresie treści oświadczenia z adnotacją i pieczęciami notariusza w języku francuskim, a także kopię dwóch stron brytyjskiego paszportu ww. osoby.

W wyniku przeprowadzonej oceny dokumentu zamawiający stwierdził, że nie może uznać go za prawidłowy, tj. potwierdzający w sposób niebudzący wątpliwości braku podstaw do wykluczenia, ponieważ:

- 1) oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem miejsca zamieszkania osoby. Z uzupełnionego dokumentu wynika, że miejscem zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark jest Wielka Brytania. Potwierdzeniem tego faktu jest jednoznaczne, zawarte w dokumencie

oświadczenie Pana Kirkby Andrew Mark, że na stałe zamieszkuje w Wielkiej Brytanii. Za dodatkowe potwierdzenie wskazanego w oświadczeniu miejsca zamieszkania można uznać załączoną przez odwołującego (z własnej inicjatywy) kopię dwóch stron brytyjskiego paszportu p. Kirkby Andrew Mark. Jednocześnie podkreślił, że nie zostały złożone żadne inne dokumenty, czy też oświadczenia, które mogłyby wskazywać na inne miejsce zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark. W związku z powyższym, w przypadku ww. członka Zarządu Spółki, brak podstaw do wykluczenia mógł być wykazany przez odwołującego jedynie poprzez złożenie dokumentu zgodnego z wymogami określonymi w powołanym wyżej rozporządzeniu oraz dokumentacji przetargowej, w tym przez złożenie oświadczenia przed notariuszem wskazanego miejsca zamieszkania osoby, tj. Wielkiej Brytanii.

W odwołaniu podniesiono, iż dokonana przez zamawiającego ocena dokumentu w zakresie miejsca zamieszkania osoby była nieprawidłowa, ponieważ „w chwili obecnej miejscem zamieszkania p. Andrew Kirkby, w którym koncentruje się jego codzienne życie, w tym w szczególności życie zawodowe, jest Francja, w której, ze względu m.in. na funkcje pełnione w strukturach odwołującego - Bureau Veritas Certification, przebywa co najmniej od 1,5 roku, chociaż „nie ma obecnie stałego miejsca zameldowania na terenie Francji.” W dalszej części odwołania stwierdzono, że „Wielką Brytanię w treści oświadczenia wskazano jedynie ze względu na fakt, iż stamtąd pochodzi p. Andrew Kirkby i przez znaczną część życia przebywał na terytorium tego państwa,” a sformułowanie: „permanent domicile in United Kingdom należy uznać za niefortunne, wynikające raczej z długoletniego posiadania miejsca zamieszkania w Wielkiej Brytanii.” W uzasadnieniu odwołania stwierdzono ostatecznie, że dokument zawierający oświadczenie o niekaralności p. Kirkby Andrew Mark został przygotowany prawidłowo (z zachowaniem wymogów) i potwierdza brak podstaw do wykluczenia.

Odnosząc się do przytoczonej powyżej argumentacji odwołującego, zamawiający stwierdził, iż w jego opinii nie zasługuje ona na uwzględnienie. Odwołujący, ani na etapie składania ofert, ani uzupełniania dokumentów, ani nawet na etapie odwołania, w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że miejscem zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark jest Francja. W przedłożonych wraz z ofertą i w wyniku uzupełnienia dokumentach - brak jest jakichkolwiek dowodów na poparcie oświadczenia złożonego w odwołaniu. Przedłożone do oceny dokumenty nie dawały podstaw do stwierdzenia, że miejscem zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark jest Francja. Wręcz przeciwnie, jedynym miejscem zamieszkania wymienionej osoby, jakie zostało wskazane w przedłożonych dokumentach, jest Wielka Brytania. Informacje w zakresie miejsca zamieszkania osoby składającej oświadczenie, nie budziły zatem żadnych wątpliwości zamawiającego. Oświadczenie dotyczące miejsca zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark, złożone przez odwołującego dopiero na etapie odwołania, nie może być uwzględnione, tym bardziej, że przedłożone wcześniej zamawiającemu do oceny dokumenty, wykazują inny stan faktyczny. Wskazał na przywołany przez odwołującego wyrok Naczelnego Sądu

Administracyjnego (sygn. akt II FSK 896/08, LEX nr 478565), w którym zwrócono uwagę, że przy ustalaniu zamiaru stałego pobytu osoby w danym miejscu „nie można poprzestawać tylko na oświadczeniach zainteresowanej osoby, ponieważ sam zamiar stałego pobytu w danej miejscowości nie stanowi o zamieszkanu, lecz musi być połączony z przebywaniem w danej miejscowości, i to z takim przebywaniem, które ma cechy założenia tam ośrodka swoich osobistych i majątkowych interesów.” Podkreślił, że zamawiający zobowiązany jest do oceny braku podstaw do wykluczenia na podstawie informacji zawartych w przedłożonych w tym celu dokumentach. Zamawiający dysponując treścią oświadczenia złożonego przez p. Kirkby Andrew Mark (w tym, w odniesieniu do miejsca zamieszkania) oraz załączoną dodatkowo (z własnej inicjatywy odwołującego) kopią dwóch stron brytyjskiego paszportu tej osoby, uprawniony był do przyjęcia, że miejscem zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark jest Wielka Brytania - co więcej, nie budziło to żadnych wątpliwości zamawiającego. W takim stanie rzeczy, trudno zarzucać zamawiającemu, że nie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie dokumentu w zakresie miejsca zamieszkania osoby. Zaznaczał, że jeżeli, jak podnosi obecnie odwołujący, stan faktyczny był inny, stosowna informacja powinna być przedłożona zamawiającemu na etapie uzupełniania dokumentów. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 30 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2724/10 stwierdzające, że „obowiązkiem wykonawcy, w szczególności po wezwaniu go przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, było dochowanie należytej staranności, gdyż na podstawie tych dokumentów, zamawiający musi dokonać oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający w wezwaniu, w sposób szczegółowy wyjaśnił wykonawcy, dlaczego żąda uzupełnienia dokumentów dotyczących członków Zarządu, odwołujący już wówczas powinien przedstawić zamawiającemu swoje stanowisko w sprawie, co umożliwiłoby zamawiającemu dokonanie pełnej oceny stanu faktycznego sprawy.” Ponadto uznano, że „Zamawiający nie miał obowiązku wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień do treści dokumentów, które nie budziły żadnych wątpliwości.”

Biorąc zatem pod uwagę jednoznaczność informacji, którymi dysponował przy ocenie dokumentu zamawiający, jak stwierdziła w podobnej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza „w takim stanie faktycznym (...) nie można zarzucić Zamawiającemu dokonania wykluczenia w sposób wadliwy” (orzeczenie KIO z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt. KIO 1899/10).

Oświadczenie wraz z niepełnym tłumaczeniem nie pozwala na stwierdzenie, iż dokument ten odpowiada wymogom określonym w przepisach prawa, a tym samym jest właściwy dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący wraz z oryginałem oświadczenia sporządzonym częściowo w języku angielskim (w zakresie oświadczenia osoby), a częściowo w języku francuskim (w zakresie formuły notarialnej), przedłożył tłumaczenie dokumentu na język polski, które nie obejmowało całego tekstu dokumentu - brak tłumaczenia formuły notarialnej.

W opinii odwołującego „brak przetłumaczenia części dokumentu zawierającego oświadczenie (przy czym nie jest to brak w zakresie treści samego oświadczenia, które jest tu najistotniejsze a jedynie oddzielnej klauzuli) nie stanowi o jego wadliwości. Meritum stanowiące o braku podstaw do wykluczenia, co umożliwiło również i potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zostało bowiem w pełni przetłumaczone i dało możliwość na zapoznanie się z jego treścią.”

Odnosząc się do powyższego zamawiający stwierdził, że stanowczo nie zgadza się z takim stanowiskiem. Podkreślił, że gdyby dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wystarczające było oświadczenie własne osoby, ustawodawca dopuściłby zapewne taką formę dokumentu. Z obowiązujących przepisów prawa wynika jednak, iż jedną z dopuszczalnych form dokumentu składanego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, jest oświadczenie złożone przed notariuszem. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1041/11 i KIO 1043/11), złożenie jakiegokolwiek innego dokumentu, który w swojej treści potwierdza fakt niekaralności osób, bez zachowania formy określonej w ww. przepisie rozporządzenia, nie może być uznane za potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający, a także wykonawcy mają obowiązek respektowania przepisów prawa, których przestrzeganie ma na celu zapewnienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachowania w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ze złożonego przez wykonawcę dokumentu musi jednoznacznie wynikać, że zarówno wymagania co do treści oświadczeń złożonych przez określone osoby, jak również co do wymaganej przepisem formy dokumentu, zostały spełnione.” Z przedłożonego dokumentu musi zatem jednoznacznie wynikać, że oświadczenie zostało złożone przed notariuszem. Zgodnie z przytoczonym przez odwołującego wyrokiem SO w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 47/07) przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia: wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia. Jednocześnie w wyroku tym podkreślono, że należy odróżnić czynność poświadczenia podpisu osoby składającej oświadczenie od oświadczenia złożonego przed notariuszem - a takiej właśnie formy wymaga oświadczenie, jakie może być złożone przez wykonawcę w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Wskazywał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2660/10, która stwierdziła, że zwrot „oświadczenie przed notariuszem” oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną,” a fakt, że notariusz zidentyfikował pana (...) jako osobą składającą podpis na dokumencie (...) nie przesądza jednak tego, czy samo oświadczenie zostało złożone przez wskazaną osobą przed notariuszem.” W wyroku KIO z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt KIO 2160/11, również wskazano, że „ze złożonych dokumentów musi niezbitnie wynikać, iż wykonawca spełnia



warunki udziału w postępowaniu," w tym „bezsprzecznie, że oświadczenie zostało złożone przed notariuszem." Analizując przedłożony w uzupełnieniu dokument (niepełne tłumaczenie oświadczenia), nie zgodził się również ze stwierdzeniem odwołującego, iż złożony dokument spełnia łącznie wszystkie wymogi wskazane w przytoczonym powyżej wyroku Sądu Okręgowego. Z treści uzasadnienia odwołania wywnioskował, że w opinii odwołującego wystarczającym jest, gdy w oświadczeniu osoba stwierdza fakt złożenia go przed notariuszem i potwierdza określony stan faktyczny na wskazany dzień. Tak złożone oświadczenie, zdaniem odwołującego, potwierdzać ma w sposób wystarczający, że „zachowano wymaganą przepisami prawa formę i nie przeczy temu fakt, iż oświadczenie złożono w innym niż francuski języku - nie oznacza to bowiem, że notariusz nie zrozumiał jego treści (...)." W opinii zamawiającego, na podstawie przedłożonego dokumentu nie sposób jednoznacznie stwierdzić, iż notariusz przyjął ze zrozumieniem oświadczenie, potwierdzając jednocześnie tożsamość osoby oraz fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem. Podkreślał, że nieuprawnione jest zbagatelizowanie przez odwołującego znaczenia nieprzetłumaczonej w treści dokumentu formuły notarialnej. Jedynie treść całego dokumentu - przetłumaczonego w całości, pozwalałaby zamawiającemu na ocenę, czy oświadczenie zostało złożone w wymaganej prawem formie i okolicznościach, a tym samym czy może być ono uznane za dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Jednocześnie zauważył, że na treść dokumentu składa się oświadczenie osoby oraz treści naniesione przez właściwy organ (notariusza). Formuła notarialna nie jest odrębna od pozostałej treści dokumentu, ale stanowi jego integralną i bardzo istotną część, która potwierdza spełnienie wymagań co do formy i okoliczności złożonego oświadczenia. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1041/2011 i 1043/2011, „(...) tłumaczenie składanego dokumentu musi być pełne, tj. musi odzwierciedlać całą treść zawartą w dokumencie wraz z zamieszczonymi w nim oznaczeniami, pieczęciami i innymi elementami, które zostały w nim umieszczone"; „(...) tylko tłumaczenie treści całego dokumentu, a nie wyłącznie treści oświadczenia, umożliwia zamawiającemu weryfikację, czy oświadczenie jest złożone w wymaganej prawem formie i okolicznościach, a w konsekwencji, że dany dokument może być uznany za potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. W przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę tłumaczenia całego dokumentu, z którego wynika, że oświadczenie zostało złożone w formie i okolicznościach wymaganych rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, zamawiający nie może ustalić, że oświadczenie to odpowiada wymaganiom określonym w przepisach prawa, a tym samym, że jest dokumentem, który zamawiający może wziąć pod uwagę przy weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zaznaczał, że nie można jednocześnie uznać, że na treść dokumentu, o którym mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów składa się wyłącznie treść złożonego oświadczenia. Treść dokumentu obejmuje zarówno oświadczenie jak i pozostałe elementy naniesione przez właściwy organ, które

potwierdzają, że oświadczenie zostało złożone w wymaganej formie i okolicznościach. Wobec powyższego, tłumaczenie treści oświadczenia nie może być przez zamawiającego uznane za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie zawiera istotnego elementu wymaganego dokumentu, potwierdzającego, że oświadczenie złożono w wymaganej formie i okolicznościach. W przypadku dokumentów sporządzonych w języku obcym, weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu (braku podstaw do wykluczenia wykonawcy) zamawiający dokonuje na podstawie tłumaczenia dokumentu na język polski. Brak tłumaczenia całego dokumentu, w tym tłumaczenie, które nie obejmuje potwierdzenia spełnienia wymagań co do formy i okoliczności złożenia oświadczenia, uniemożliwia zamawiającemu dokonanie tej weryfikacji. W konsekwencji uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (tj. nie wykazał, iż nie ma podstaw do jego wykluczenia)."

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający poczytał swoją decyzję za właściwą - w której uznano, że przedłożone oświadczenie wraz z niepełnym tłumaczeniem nie pozwala na stwierdzenie, iż dokument ten odpowiada wymaganiom określonym w przepisach prawa, a tym samym jest właściwy dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego, iż „nie wykazano w sposób jednoznaczny, co przesądza o fakcie, że notariusz potwierdził jedynie złożenie podpisu pod oświadczeniem, a oparto się jedynie na domniemaniach, co w tak istotnej sprawie i wobec tak dotkliwych konsekwencji wydaje się niedopuszczalne,” zamawiający zwrócił uwagę, że na podstawie krótkiej treści obcojęzycznej formuły notarialnej ma prawo przypuszczać, iż notariusz dokonał jedynie poświadczenia podpisu złożonego przez p. Kirkby Andrew Mark pod oświadczeniem, a nie potwierdził przyjęcie oświadczenia osoby. Zwrócił uwagę, że fakt poświadczenia podpisu (zamiast przyjęcia oświadczenia) jako niemożliwy do jednoznacznego stwierdzenia, nie przesądził o nieprawidłowości złożonego dokumentu. O braku możliwości uznania dokumentu za prawidłowy, przesądził natomiast brak tłumaczenia całego dokumentu, w tym formuły notarialnej, ponieważ nie można z całą pewnością stwierdzić, iż dokument ma właściwą formę i treść pozwalającą na uznanie go za potwierdzający brak podstaw do wykluczenia (w tym również nie można wykluczyć, że zawiera jedynie poświadczenie podpisu osoby składającej oświadczenie). Zgodził się ze stwierdzeniem, że brak tłumaczenia i pewności co do treści całego dokumentu, ma znaczenie dla oceny jego prawidłowości i nie może być oparte na przypuszczeniach (domniemaniach). Reasumując, wbrew stanowisku odwołującego, podtrzymał stwierdzenie, że treść uzupełnionego dokumentu nie daje pewności, iż jest on prawidłowy i może być uznany za potwierdzający brak podstaw do wykluczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w opinii zamawiającego, odwołujący został prawidłowo wykluczony z przedmiotowego postępowania, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Uznał, że oferta złożona przez odwołującego podlegała odrzuceniu zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 1 oraz ust. 4a ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę na fakt (co przyznaje odwołujący), że do zatrzymania wadium jeszcze nie doszło (brak jest decyzji zamawiającego w tym zakresie). Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zamawiający, po wykluczeniu odwołującego z postępowania (w konsekwencji zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), podjął działania zgodne z dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, co nie pozwoliło na jednoczesne wypełnienie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśniał, że dochowując należytej staranności przy podejmowaniu decyzji w sprawie zatrzymania wadium, zwrócił się do odwołującego pismem nr ZZP/32/1287/2011 z dnia 19 grudnia 2011 r., o wyjaśnienie (w terminie do dnia 23.12.2011 r.) powodów nie złożenia prawidłowego dokumentu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. W dniu 23 grudnia 2011 r. odwołujący przedłożył wyjaśnienia, po czym wniósł odwołanie. Decyzja w sprawie ewentualnego zatrzymania wadium nie została jednak jeszcze podjęta. Biorąc pod uwagę powyższe, przyjął podniesiony zarzut jako przedwczesny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający ocenił, że przedmiotowe postępowanie przeprowadzone zostało zgodnie z obowiązującymi przepisami, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zatem zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Pzp poczytał za bezzasadny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 grudnia 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), protokołu postępowania, oferty odwołującego, oświadczenia Grupy BUREU VERITAS S.A. z dnia 23 grudnia 2011 r. o zatrudnieniu p.

Andrew Mark Kirkby oraz poświadczenia Disclosure Scotland z 8 grudnia 2011 r. w odniesieniu do ww. osoby. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów, zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje

„Przeprowadzenie weryfikacji raportów z realizacji sprzedaży jednostek przyznanej emisji (AAU).”

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 14 000 PLN.

Zgodnie z wymaganiami sekcji III.2.1 Warunki udziału - sytuacja podmiotowa wykonawców, punkt 3, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany był przedłożyć, między innymi aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, 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 złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. Analogicznej treści wymagania zawierała specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Termin składania ofert upłynął w dniu 15 listopada 2011 r.

Z przedstawionego odpisu z KRS nr 142119 wynika, że w skład organu zarządzającego odwołującego wchodzi: p. Andrew Mark Kirkby oraz p. Bogdan Sperski.

W dokumentacji oferty przedłożono jedynie informację z KRK dotyczącą p. Bogdana Sperskiego.

Zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2011 r. znak ZZP/32/1281/2011 wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia stosownego dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia.

Z zachowaniem wyznaczonego terminu (tj. do dnia 6 grudnia 2011 r.) odwołujący uzupełnił

żądany dokument w formie oświadczenia złożonego przez p. Andrew Mark Kirkby, z podpisem poświadczonym przez notariusza mającego kancelarię w Paryżu we Francji, potwierdzającego niekaralność wymienionego na dzień składania ofert, tj. 15 listopada 2011 r.

Pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. - Informacja dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej – zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 tej ustawy. W ocenie zamawiającego, przedłożone oświadczenie było wadliwe, gdyż:

- złożenie oświadczenia nastąpiło przed innym niż właściwy ze względu na miejsce zamieszkania p. Kirkby Andrew Mark notariuszem,
- brak załączonego pełnego tłumaczenia na język polski treści dokumentu zawierającego oświadczenie,
- czynności notariusza ograniczyły się jedynie do poświadczania złożenia podpisu przez p. Kirkby Andrew Mark, co oznacza, że oświadczenia nie złożono w wymaganej formie, tj. przed notariuszem.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: 615 000,00 PLN.

Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy SGS Polska Sp. z o.o. z ceną brutto 749 057,70 PLN.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że ani na dzień wniesienia odwołania, ani do czasu rozprawy, zamawiający nie zwrócił odwołującemu wniesionej kwoty 14 000,00 PLN wadium.

Pismem nr ZZP/32/1287/2011 z dnia 19.12.2011 r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie (w terminie do dnia 23 grudnia 2011 r.) powodów nie złożenia prawidłowego dokumentu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. W dniu 23 grudnia 2011 r. odwołujący przedłożył wyjaśnienia, w których posłużył się argumentacją przytoczoną później w uzasadnieniu odwołania.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w ustalonym kryterium ceny korzystniejszą niż wybranego wykonawcy SGS Polska Sp. z o.o. W przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, odwołujący mógłby ponieść szkodę, bowiem w szczególności niezgodne z prawem dokonanie wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz niezgodne z przepisami dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej uniemożliwiłoby uzyskanie przedmiotowego zamówienia odwołującemu, a co za tym idzie, utratę korzyści, jakie niesie ze sobą zrealizowanie zamówienia.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia należało uwzględnić, że postanowienia art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, roboty i usługi, wskazują że (...) oferent chcący potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien przedstawić wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa. W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń, lub gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz w ust. 2 lit. a),b),c) dyrektywy 2004/18/WE mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą, lub w państwach członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania takich oświadczeń – uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym, lub administracyjnym, przed notariuszem, albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wdrożyły wyżej przytoczone postanowienia dyrektywy.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje wykluczyć z postępowania osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W związku z powyższym przepisy rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w § 2 ust. 1 pkt 5 stanowią, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania (...) ofert.

Bezspornie odwołujący ma siedzibę na terytorium Polski, zatem przepis § 2 ust. 2 wymienionego rozporządzenia upoważnia - w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium RP, aby w odniesieniu do osób, o których mowa w przytoczonym wyżej art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zostały złożone

zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składnia (...) ofert, z tym, że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Zatem podstawową kwestią, którą odwołujący i zamawiający całkowicie pominęli w swojej argumentacji, było ustalenie, czy w okolicznościach danej sprawy, było możliwe i skuteczne złożenie oświadczenia przez p. Kirkby Andrew Mark przed notariuszem, na potwierdzenie niekaralności jako członka zarządu odwołującego za określone kategorie przestępstw - jako dokumentu zastępującego potwierdzenie tych okoliczności w sposób urzędowy.

Okoliczności, że stałe miejsce zameldowania p. Kirkby Andrew Mark znajduje się na terenie Wielkiej Brytanii, co potwierdza treść oświadczenia jak i wyciąg z dowodu tożsamości, natomiast za obecne miejsce zamieszkania, w którym koncentrują się jego interesy zawodowe i osobiste, wymieniony uznaje Francję, (fakty przyznane) – w ocenie Izby, pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Z dostępnych źródeł wynika, że urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób wydawane są zarówno we Francji, jak w Wielkiej Brytanii.

W Wielkiej Brytanii umocowanym do tego typu działań jest *Criminal Records Biureau (CRB)*. W gestii tej instytucji leży wystawianie zaświadczeń o niekaralności. Wydawany jest tzw. *Standard CRB chek i Enhacet CRB chek*. Pierwszy jest zaświadczeniem, w którym zawarte są m. in. informacje o odbytych wyrokach skazujących. *Enhacet CRB chek* jest zaświadczeniem o niekaralności wyższego stopnia, potrzebnym do wykonywania niektórych zajęć zawodowych. Zaświadczenie z *CRB* nie jest objęte datą ważności, zawiera wyłącznie datę wystawienia dokumentu. Szczegółowe informacje odnośnie wyżej opisanego zaświadczenia o niekaralności ważnego w UK można uzyskać na oficjalnej stronie *Criminal Records Biureau* [www.crb.gov.uk](http://www.crb.gov.uk).

Dokument złożony na rozprawie, wystawiony przez Disclosure Scotland z 8 grudnia 2011 r. nic nie wnosił do sprawy, a ponadto status instytucji wystawiającej nie był ustalony.

Natomiast w Republice Francuskiej, z informacji dostępnych na stronie francuskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, wynika że *Casier Judiciaire* czyli francuski Krajowy Rejestr Karny składa się z trzech rejestrów. *Rejestr nr 3* (tzw. *Biuletyn nr 3*) stanowi wykaz skazanych za zbrodnie i występki w rozumieniu art. 777 fr. Kpk. Dokument taki jest wydawany przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej.

Z powyższego wynika, że zarówno w miejscu zameldowania p. Kirkby Andrew Mark, jak i w miejscu jego faktycznego zamieszkania wydawane są urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób. Zatem nie zachodziły podstawy prawne, aby dokument taki zastępować oświadczeniem własnym członka organu zarządzającego odwołującego, złożonym przed notariuszem. Złożenie takiego oświadczenia jest bowiem dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania członka zarządu nie wydaje się zaświadczeń potwierdzających niekaralność. Nie ma znaczenia, że z uwagi na brak stałego zameldowania p. Kirkby Andrew Mark nie byłby w stanie uzyskać zaświadczenia na terenie Francji, jak utrzymywał odwołujący. Istotne jest, iż obiektywnie było możliwe uzyskanie urzędowego zaświadczenia w tej sprawie. Przy czym mogło one pochodzić od uprawnionego organu zarówno francuskiego jak i angielskiego. Jeżeli zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin na uzyskanie zaświadczenia, odwołujący mógł żądać jego stosownego przedłużenia. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy nie znalazł potwierdzenia. Skoro odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu – zaświadczenia potwierdzającego niekaralność członka zarządu, mimo że uzyskanie takiego dokumentu obiektywnie było możliwe, zamawiający miał prawo przyjąć, że nie został wykazany brak podstaw do wykluczenia z postępowania, czego uzasadnioną konsekwencją było wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą. Przedłożone oświadczenie p. Kirkby Andrew Mark przed notariuszem we Francji należało uznać za pozbawione w ogólności skutków prawnych, zatem nie zachodziła potrzeba odnoszenia się do zagadnień formalnych związanych z dokonaniem takiej czynności i oceną złożonego oświadczenia. Wobec wyczerpania procedury wezwania wykonawcy do złożenia brakującego dokumentu, ponowne wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego samego rodzaju dokumentu, nie jest możliwe.

Okolicznością bezsporną było, że odwołujący zabezpieczył swoją ofertę wadium w wymaganej kwocie 14 000,00 PLN. Przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp mówi, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ustępu 4a. Z kolei art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zamawiający nie zawiadomił odwołującego o zatrzymaniu wadium z powodu braku uzupełnienia wymaganego dokumentu, przyznał, że na czas rozpatrywania sprawy decyzji takiej nie podjął. Odwołujący, jak sam oświadczył, jedynie z daleko posuniętej ostrożności uznał za konieczne również podniesienie tego zarzutu – gdyż w sytuacji



zatrzymania wadium dojdzie do naruszenia dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, chociaż zatrzymanie wadium oficjalnie jeszcze nie nastąpiło (brak jest decyzji zamawiającego w tym zakresie), to jednak z pisma z dnia 19 grudnia 2011 r. (znak ZZP/32/1287/2011) – wezwania do wyjaśnień odnośnie uzupełnionego dokumentu, odwołujący wywiódł wniosek, że zamawiający ma taki zamiar (w przeciwnym razie już dokonano by zwrotu wadium).

Izba rozpatrując odwołanie odnosi się do czynności zamawiającego oraz do zaniechania przez zamawiającego czynności nakazanych ustawą, gdyż w tym zakresie przysługują wykonawcy środki zaskarżenia, jak stanowi art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie mogła odnieść się do zarzutów sformułowanych jako intencje zamawiającego, czy też jego zamiary podjęcia nieprawidłowych działań na przyszłość. Skoro zamawiający nie dokonał jeszcze czynności zatrzymania wadium odwołującego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie mógł tym samym naruszyć wymienionego przepisu. Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, podnoszony zarzut, na chwilę obecną, nie znalazł potwierdzenia.

Jak wynika z treści przytaczanego wyżej art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, bezwzględny obowiązek zamawiającego jest zwrot wadium wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, niezwłocznie po wyborze oferty, za wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana do realizacji zamówienia oraz sytuacji, gdy zamawiający złożył oświadczenie o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w związku z brakiem uzupełnienia dokumentu na wezwanie. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy: SGS Polska Sp. z o.o. o czym powiadomił w dniu 16 grudnia 2011 r. Nie zawiadomił też odwołującego o zatrzymaniu wadium. Zatem nie dokonując niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zwrotu wadium na rzecz odwołującego, zamawiający popadł w zaniechanie, naruszając przez to dyspozycję art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Niezwłocznie, oznacza bowiem bez zbędnej zwłoki – w terminie, w jakim technicznie jest możliwe dokonanie zwrotu wniesionego wadium wykonawcy. Zwrot wadium jest obowiązkiem zamawiającego, a jego zatrzymanie możliwe jest tylko w ściśle określonych okolicznościach. W przedmiotowym stanie faktycznym nie ziściła się jednak względem odwołującego żadna z przesłanek opisanych powyżej, tj. jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, ani zamawiający nie zastosował art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany był zatem niezwłocznie zwrócić wadium, czego jednak wbrew przepisom nie uczynił. Zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny. Zamawiający mimo, że dysponował wyjaśnieniami odwołującego w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 19 grudnia 2011 r. na temat powodów nie złożenia prawidłowego dokumentu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia - udzielonymi w dniu 23 grudnia 2011 r., ani do dnia wniesienia odwołania 27 grudnia 2011 r., ani do czasu rozprawy nie zajął stanowiska w tej kwestii, co Izba uznała za działanie ze zwłoką naruszające przepis art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko takie

zajęła również Izba w wyroku sygn. akt KIO 424/11 z 16 marca 2011 r., gdyż wniesienie odwołania nie zwalniało zamawiającego od podjęcia czynności nakazanej ustawą Pzp. Jednakże uwzględnieniu odwołania wyłącznie z tej przyczyny, stały na przeszkodzie postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec prawidłowo przeprowadzonej czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, Izba nie znalazła związku stwierdzonego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp z wynikiem niniejszego przetargu.

W sytuacji, gdy zamawiający dopuścił się naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, należało uznać, że w następstwie doszło również do uchybienia zasadzie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do której zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez uznanie, że przedłożony dokument nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez bezpodstawne stwierdzenie, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie dowiódł, że nie podlega wykluczeniu) i w konsekwencji dokonanie wykluczenia, choć brak było ku temu przesłanek;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy, przez uznanie za odrzuconą ofertę wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu;
  - nie znalazły potwierdzenia.
- 4) Zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, należało uznać za przedwczesny.

Natomiast zasadny był zarzut naruszenia:

- 5) art. 46 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie zwrotu wadium;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Na poczet kosztów postępowania podlegał zaliczeniu uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....