

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2010 roku** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Renault Retail Group Warszawa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 156** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Główną Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Komendzie Głównej Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38 – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Renault Retail Group Warszawa Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 156 i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Renault Retail Group Warszawa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 156**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Komendę Główną Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** na rzecz **Renault Retail Group Warszawa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 156**

stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Straży Granicznej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 24 sztuk mikrobusów 9-miejscowych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2010 roku wykonawca Renault Retail Group Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 156 wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o.,
2. Wykluczenia wykonawcy Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o. - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,
3. Odrzucenia oferty wykonawcy Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o. - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
4. Unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 3 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) - poprzez bezprawne żądanie od wnoszącego odwołanie oświadczenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego dotyczącego potwierdzenia niekaralności Pana Oliviera G., pomimo że w kraju zamieszkania tej osoby wydaje się dokument poświadczający niekaralność, który to dokument został załączony do oferty,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku prawomocnego skazania członka organu zarządzającego, co w konsekwencji bezpodstawnie doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Renault Retail Group Warszawa Sp. z o. o., odrzucenia oferty Renault Retail Group Warszawa Sp. z

o.o. i unieważnienia całego postępowania,

4. art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione zatrzymanie wadium wraz z odsetkami.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że wykonawca Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o. pismem z dnia 15.06.2010 r. został wezwany do uzupełnienia m.in. dokumentów dotyczących niekaralności Pana Oliviera G. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Zdaniem zamawiającego złożony wraz z ofertą dokument tj. Biuletyn nr 3 wydany przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej wystawiony na Pana Oliviera G. nie ma charakteru dokumentu równoważnego z aktualną informacją z Krajowego Rejestru Karnego w rozumieniu przepisów prawa polskiego i nie potwierdza spełnienia wymogu przewidzianego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, ponieważ Biuletyn nr 3 jest jedynym dokumentem dostępnym dla osób fizycznych, obejmującym tylko informacje o wyrokach pozbawienia wolności na okres dłuższy niż dwa lata.

W związku z powyższym zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu, który w całości potwierdzi spełnienie tego warunku tj.: oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

W wyznaczonym terminie Wykonawca dostarczył oświadczenie Pana Oliviera G. o niekaralności złożone przed notariuszem z datą 22.06.2010 r.

Zamawiający dnia 29.06.2010 r. dokonała oceny ofert i wybrała ofertę Renault Retail Group jako najkorzystniejszą.

Już po ogłoszeniu wyników zamawiający stwierdził, że podczas weryfikacji uzupełnionych dokumentów przeoczono fakt, że oświadczenie potwierdza niekaralność na dzień 22.06.2010 r., tj. późniejszy niż wymagany.

W celu ustalenia czy złożone w dniu 22.06.2010 r. oświadczenie potwierdza również fakt niekaralności na dzień otwarcia ofert, tj. na dzień 07.06.2010 r. Zamawiający zwrócił się do Ambasady Republiki Francji z zapytaniem: *„Czy zgodnie z prawem francuskim, osoba skazana na karę grzywny lub karę pozbawienia wolności na okres poniżej dwóch lat może w każdym czasie złożyć oświadczenie, w którym stwierdza że nie była skazana, czy też może to uczynić dopiero po upływie czasu po którym następuje zatarcie skazania?”*

Zgodnie z uzyskaną odpowiedzią: *„osoba skazana na karę grzywny lub karę pozbawienia wolność na okres poniżej dwóch lat może złożyć oświadczenie, w którym stwierdza, że nie była skazana dopiero po upływie czasu, po którym następuje zatarcie skazania (czas ten, w przypadku wykroczeń wynosi 3 lata od daty prawomocnego wyroku, w przypadku orzeczeń z zakresu prawa handlowego- 5 lat)”*.

Zdaniem zamawiającego, z powyższej odpowiedzi wynika, że oświadczenie złożone przez wykonawcę nie potwierdza spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu, tj. faktu niekaralności na dzień składania ofert. Nie można bowiem zdaniem zamawiającego wykluczyć sytuacji, w której skazanie uległo zatarciu w okresie pomiędzy datą składania ofert, a datą złożenia przed notariuszem oświadczenia o niekaralności.

W związku z powyższym zamawiający podjął w dniu 26.07.2010 r. decyzję o:

4. Unieważnieniu czynność wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o.,
5. Wykluczeniu Wykonawcy Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o. - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,
6. Odrzuceniu oferty Wykonawcy Renault Retail Group Warszawa Sp. z o.o. - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
4. Unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jednocześnie zamawiający zatrzymał wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

Odwołujący się stwierdził, iż we Francji są wystawiane dokumenty odpowiadające polskim dokumentów wskazanym w ww. rozporządzeniu. Złożony wraz z ofertą dokument tj. Biuletyn nr 3 wydany przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej wystawiony na Pana Ołiwiera G.nie był kwestionowany przez zamawiającego. Na gruncie prawa francuskiego jest to jednocześnie jedyny dokument dostępnym dla osób fizycznych, obejmujący informację o niekaralności. Wykonawca nie może dowolnie, według swojej decyzji wybierać, czy wygodniej jest mu zwrócić się do właściwej instytucji o wydanie zaświadczenia o niekaralności, czy też udać się do notariusza, aby złożyć wymagane oświadczenie o niekaralności. Wykonawca może złożyć oświadczenie przed notariuszem tylko wtedy, kiedy w jego kraju nie wydaje się w ogóle zaświadczeń, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Natomiast we Francji istnieje instytucja stanowiąca odpowiednik polskiej instytucji (tj. KRK) wydająca zaświadczenia tożsame do polskich zaświadczeń o niekaralności. Różnica polega jednak na tym, iż w Biuletynie nr 3 wydanym przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej są informacje o wyrokach pozbawienia wolności na okres dłuższy niż

dwa lata. Jednak powyższe wcale nie uzasadnia stosowania § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, ponieważ przepis ten tej sytuacji nie reguluje.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że złożony przez odwołującego się Biuletyn Nr 3 wydany przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej nie jest dokumentem równoważnym informacji z Krajowego Rejestru Karnego, albowiem ujawnia się w nim jedynie przypadki popełnienia przestępstwa, za które osoba wskazana została pozbawiona wolności na okres dłuższy niż 2 lata. Z kolei oświadczenie złożone przez Pana Oliviera G. przed notariuszem datowane jest nie na dzień składania ofert wyznaczony na 7 czerwca 2010 roku, ale na dzień 22 czerwca 2010 roku. Odwołujący się nie wykazał zatem brak przesłanek do jego wykluczenia na dzień składania ofert, czyli wbrew przepisowi art. 25 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – poprzez bezprawne żądanie od wnoszącego odwołanie oświadczenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego dotyczącego potwierdzenia niekaralności Pana Oliviera G., pomimo że w kraju zamieszkania tej osoby wydaje się dokument poświadczający niekaralność, który to dokument został załączony do oferty. Zamawiający wniosek swój uzasadnił tym, iż zarzut ten został podniesiony po terminie, gdyż

odwołujący się został wezwany do złożenia oświadczenia w dniu 15 czerwca 2010 roku. Odwołujący się mógł zatem zaskarżyć czynność wezwania do dnia 25 czerwca 2010 roku.

Izba stwierdza, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje odrzucenia odwołania w części. Zarzuty wniesione po terminie pozostawia się bez rozpoznania. Niemniej jednak rozpoznając niniejsze odwołanie Izba obowiązana była zbadać, czy zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego się z postępowania i skonstatowała, że oferta odwołującego się była prawidłowa od momentu jej złożenia i na tym oparła swoje rozstrzygnięcie.

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

Stosownie do § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, 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 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. Analiza powyższego pozwala na wniosek, iż w wykonawca w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu. I odwołujący się złożył taki dokument, tj. Biuletyn nr 3 wystawiony przez Wydział Spraw Kryminalnych i Ułaskawień Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Francuskiej wystawiony na Pana Oliviera Genereux.

Odnosząc się do kwestii węższego zakresu zaświadczeń o niekaralności wydawanych we Francji w stosunku do zakresu, jaki obejmują informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego Izba stwierdza, że kluczowe jest ustalenie, jak rozumieć

sformułowanie: „zaświadczenie (...) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8”, zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W ocenie Izby, wobec braku w przepisach o zamówieniach publicznych definicji tego sformułowania, a także braku wskazania, jak należy rozstrzygać różnice co do wysokości wymiaru kary za przestępstwa uznać należy, że zakres ten należy rozumieć jedynie jako objęcie danymi, na podstawie których wydano zaświadczenie katalogu wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp bez względu na wskazywane różnice.

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

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

Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, iż odwołujący się obowiązany był złożyć dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem bądź innym uprawnionym organem. Oświadczenie takie składa się bowiem dopiero w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania członka zarządu nie wydaje się zaświadczeń potwierdzających niekaralność.

Czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania, a w konsekwencji czynność odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania były zatem wadliwe. W przypadku odwołującego się brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, a dokumenty to potwierdzające zostały zawarte w złożonej ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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**.

.....