

Sygn. akt: KIO/ 1093/10

**WYROK**  
**z dnia 24 czerwca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **Netia Spółkę Akcyjną, 02-822 Warszawa, Poleczki 13** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 23.**

przy udziale wykonawcy **GTS Energis Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **Netia Spółkę Akcyjną, 02-822 Warszawa, Poleczki 13** i nakazuje 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 **Netia Spółkę Akcyjną, 02-822 Warszawa, Poleczki 13.**

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Biuro Prawne i Zamówień Publicznych, 00-580 Warszawa, Al. Szucha 23 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usług telekomunikacyjnych polegających na zestawieniu, uruchomieniu i udostępnieniu przez całą dobę (24 godz./365) stałego łącza dostępowego, wraz z urządzeniami teletransmisji zapewniającego dostęp do Internetu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 czerwca 2010 roku S.A. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z treścią § 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.

Odwołujący się wniósł o nakazanie przez Izbę unieważnienia wadliwej czynności zamawiającego obejmującej wybór oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert wraz z wykluczeniem wykonawcy GTS Energis Sp. z o.o. z postępowania.

W uzasadnieniu podniósł, że w dniu 10 lutego 2010 roku zostało zamieszczone przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie (pod numerem 2010/S 28-040170) o zamówieniu publicznym w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usług telekomunikacyjnych polegających na zestawieniu, uruchomieniu i udostępnianiu przez całą dobę (24 godz./365) stałego łącza dostępowego, wraz z urządzeniami teletransmisji zapewniającego dostęp do internetu (znak: BPZP-84-292/09).

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia, między innymi, 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 (punkt 8.2 Specyfikacji).

W dniu 13 kwietnia br. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę GTS Energis Sp. z o.o. Wybór ten został dokonany wadliwie, z naruszeniem treści specyfikacji oraz §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 (dalej „Rozporządzenie”).

Wykonawca GTS Energis Sp. z o.o. przedłożył na stronie 22 oferty informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą wiceprezesa zarządu spółki, Pana Geralda Johna G.. Zgodnie z treścią informacji miejsce zamieszkania Pana G. to miejscowość Limerick w Irlandii. Zgodnie zarazem z treścią § 2 ust. 2 rozporządzenia, jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoba, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 5-8 ustawy Pzp, ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do tej osoby zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

W związku z powyższym Netia S.A. wniosła pismem z dnia 23 kwietnia 2010 roku odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 720/10). Odwołanie zostało przez zamawiającego uwzględnione.

W dniu 17 maja 2010 roku Ministerstwo Spraw Zagranicznych wezwało wykonawcę GTS Energis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca ten wraz z pismem z dnia 18 maja 2010 roku przedłożył zaświadczenie wydane przez An Garda Síochána (policja irlandzka) wraz z uwierzytelnionym tłumaczeniem, iż członek zarządu wykonawcy mający miejsce zamieszkania na terytorium Irlandii nie został skazany za żadne przestępstwo w Irlandii.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 2 rozporządzenia wykonawca był zobowiązany do złożenia zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tej osoby albo – w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – dokument zawierający oświadczenie złożone

przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Określone powyżej obowiązki znajdują swoje źródło w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Państwa członkowskie Unii zostały zobowiązane do wyznaczenia organów właściwych do wydawania dokumentów w postaci wyciągów z rejestrów sądowych lub innych równoważnych dokumentów, zaświadczeń o niezaleganiu z płatnościami należnościami publicznoprawnymi oraz lub też do wskazania oświadczeń, które mogą zastąpić powyższe dokumenty. Powyższe informacje powinny być podane przez państwo członkowskie do wiadomości Komisji Wspólnot Europejskich. Realizując ten obowiązek Komisja Europejska na podstawie informacji przygotowanej przez państwa członkowskie przedłożyła spis wymogów stawianych wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na terenie państw unijnych. Spis ten prezentowany jest na stronach Komisji Europejskiej oraz został zamieszczony na portalu internetowym Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z treścią informacji dotyczącej zakresu zaświadczeń wydawanych na terytorium Republiki Irlandii, nie wydaje się w tym państwie zaświadczeń dotyczących niekaralności, a jedynym wymienionym w dokumencie sposobem potwierdzenia braku istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy (w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 punkt 8 Ustawy) jest oświadczenie wskazane w rozporządzeniu, składane przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż przedłożone przez wykonawcę GTS Energis Sp. z o.o. zaświadczenie wydane przez An Garda Síochána (policja irlandzka) nie jest dokumentem prawidłowo potwierdzającym brak istnienia podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Przedłożony dokument, zgodnie z informacją udzieloną przez państwo irlandzkie oraz Komisję Europejską, nie może być uznany za przywołane w ustawie Pzp zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności. Wykonawca nie złożył wymaganego oświadczenia, o którym mowa w rozporządzeniu.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

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.

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 mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu. Przystępujący złożył taki dokument wystawiony przez policję irlandzką An Garda Síochana. Z przedłożonego dokumentu wynika, iż Pan Gerard G. z Castlelloyd, Oola Limerick, ur. 19.08.1970 roku, nie został skazany za żadne przestępstwo w Irlandii ani nie był przedmiotem negatywnego zainteresowania ze strony policji.

Na rozprawie zamawiający przedłożył dowód w postaci wydruku korespondencji elektronicznej prowadzonej z Panią Joanna P., naczelnika Ministerstwa Sprawiedliwości Krajowego Rejestru Karnego Wydziału Do Spraw Współpracy Międzynarodowej Pomędzy

Rejestrami Karnymi. Z uzyskanej stamtąd informacji wynika, iż jedynym uprawnionym organem do wydawania zaświadczeń o niekaralności na terenie Irlandii są An Garda Siochana.

W sytuacji, gdy wykonawca przedłożył zaświadczenie organu administracyjnego potwierdzające niekaralność Pana Gerarda G. oraz wobec potwierdzenia przez Ministerstwo Sprawiedliwości kompetencji tegoż organu do wydawania tego rodzaju zaświadczeń brak jest podstaw do stwierdzenia, że w Irlandii nie wydaje się takich zaświadczeń. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby w istocie do zakwestionowania uprawnienia An Garda Siochana do wydawania zaświadczeń o niekaralności, na co odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu. Przyjąć należy, iż organ administracji działa w granicach przyznanym mu kompetencji, co oznacza, że w przypadku, gdyby An Garda Siochana nie był uprawniony do wydawania tego typu zaświadczeń, dokumentu takiego by nie wystawił.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, iż przystępujący 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.

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**.

.....