

**WYROK**  
**z dnia 5 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **SAAB Dynamics AB, SE-691 80 Karlskoga, Szwecja**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SAAB Dynamics AB, SE-691 80 Karlskoga, Szwecja, i:**

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: SAAB Dynamics AB, SE-691 80 Karlskoga, Szwecja – tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od wykonawcy: SAAB Dynamics AB, SE-691 80 Karlskoga, Szwecja na rzecz zamawiającego: Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

**Zamawiający** – Komenda Portu Wojennego Gdynia z siedzibą w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „*Serwisowanie kierowanych pocisków raketowych RBS15mk3 (KPR RBS15 MK3) wraz z dostawą elementów pakietu logistycznego*” nr 121/KPW/ŚB/2015, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2015/S 232-422498 z dnia 1 grudnia 2015 r.

**Odwołujący – wykonawca SAAB Dynamics AB** z siedzibą w Karlskoga (Szwecja),

I. Wniósł w dniu 21 kwietnia 2016 r. odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

II. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 3, § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231, zwanego dalej „rozporządzenie”) przez bezprawne i bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i w rezultacie wykluczenie Odwołującego z postępowania;
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez bezzasadne unieważnienie postępowania;
3. z ostrożności procesowej Odwołujący zgłosił zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych przez niego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego przedstawione dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

III. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;

3. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego, bądź w przypadku uwzględniania zarzutu ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wniósł o nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów złożonych przez niego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. dopuszczenia Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu;
5. obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, przez zasądzenie kwoty 18.600,00 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**IV.** Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego, od której złożył odwołanie, w dniu 11.04.2016 r. (zawiadomienie z dnia 11.04.2016 r. przesłane faksem). Termin do złożenia odwołania upływał w dniu 21.04.2016 r., Odwołujący złożył odwołanie w terminie.

Uzasadnienie odwołania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2016 r. do m.in. przedłożenia dokumentów potwierdzających, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, Odwołujący wyjaśnił, że w Szwecji nie jest możliwe uzyskanie zaświadczeń o niekaralności w takiej formie i takim zakresie, jak tego wymaga Zamawiający i w związku z tym przedłożył oświadczenie Odwołującego reprezentowanego przez dyrektora zarządzającego G.J. w zakresie braku karalności wszystkich członków zarządu Odwołującego. Na oświadczeniu widnieje pieczęć notariusza z zaświadczeniem, że przedmiotowy dokument został podpisany przez G.J..

Przedłożone oświadczenie nie zostało uznane przez Zamawiającego, który stwierdził, że oświadczenie o niekaralności członków zarządu powinno być złożone przez każdego członka zarządu osobiście. Ponadto Zamawiający stwierdził, że oświadczenie nie może być uznane za złożone przed notariuszem w rozumieniu przepisów rozporządzenia.

Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia i w związku z tym wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z interpretacją przepisów Pzp oraz rozporządzenia dokonaną przez Zamawiającego, skutkującą niezgodnym z prawem wykluczeniem z postępowania. Przedstawił uzasadnienie zarzutów.

**Ad II 1 oraz II 2.** Bezsporny pomiędzy stronami postępowania jest fakt, że w Szwecji nie wydaje się dokumentów dotyczących niekaralności osób fizycznych w zakresie oraz formie wymaganej przez Zamawiającego. W związku z tym, oficjalny urzędowy dokument

zastępuje się oświadczeniem złożonym m.in. przed notariuszem, zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia.

Zamawiający nie uznał oświadczenia złożonego przez Odwołującego reprezentowanego przez G.J. w zakresie braku karalności członków zarządu Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, oświadczenie takie może jedynie złożyć samodzielnie osoba, której takie oświadczenie dotyczy. Na poparcie swojej decyzji Zamawiający przytoczył dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący nie zgodził się z interpretacją przepisów dokonaną przez Zamawiającego, ponadto podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza nie reprezentuje jednolitej linii orzeczniczej w przedmiotowej kwestii, przedstawiając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że rozporządzenie nie wskazuje, że oświadczenie o niekaralności osoby będącej członkiem zarządu wykonawcy ma złożyć ta osoba w imieniu własnym, a nie osoba reprezentująca wykonawcę. Rozporządzenie wskazuje, że oświadczenie ma być złożone przed notariuszem, ale nie precyzuje, kto ma złożyć takie oświadczenie. Zatem, wywodzenie z treści tego przepisu rozumienia, że oświadczenie to ma złożyć osoba inna niż wykonawca jest nieuprawnioną, rozszerzającą interpretacją tego przepisu. Gdyby ustawodawca wymagał, aby oświadczenie było składane przez inne podmioty niż wykonawca, odpowiednio odzwierciedliłby to we wskazanym przepisie rozporządzenia. W szczególności Odwołujący podkreślił, że przywołany przepis odnosi się do oświadczeń składanych także na potwierdzenie innych okoliczności, takich jak brak likwidacji czy upadłości spółki, niezaleganie z publicznoprawnymi opłatami oraz brak orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia. W takiej sytuacji – w przypadku braku w danym kraju wydawania takich urzędowych dokumentów – na potwierdzenie wskazanych okoliczności, oświadczenia składane są przez osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. Zatem należy uznać, że również w przypadku oświadczeń o niekaralności podmiotem uprawnionym do ich złożenia jest wykonawca. Analiza przeciwna prowadzi do wniosku, że oświadczenia wskazane w tym samym przepisie rozporządzenia składają różne podmioty w zależności od zakresu takiego oświadczenia. Zdaniem Odwołującego, wobec braku wyraźnego rozróżnienia w tym zakresie, taka interpretacja jest niedopuszczalną wykładnią przepisu, która skutkuje obowiązkiem dostarczenia przez wykonawców dokumentów niewymienionych wprost w rozporządzeniu.

Powyższe argumenty znajdują potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2014 r. (sygn. KIO 797/14), w którym Izba stwierdziła: *„Odnosząc się natomiast do kwestii dopuszczalności złożenia przez wykonawcę (spółkę) oświadczenia o niekaralności poszczególnych członków organu zarządzającego, uznać należy, że w świetle brzmienia przepisu § 4 ust. 3 Rozporządzenia, który stanowi, że jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce*

*zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem, dopuszczalne jest złożenie oświadczenia przez wykonawcę.”*

Wskazane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zestawione z orzeczeniami Izby przywołanymi przez Zamawiającego, świadczą o niejednolitej linii orzeczniczej w przedmiotowej kwestii. Odwołujący wskazuje również na niejednolitą praktykę zamawiających w akceptowaniu takich dokumentów, o czym świadczy fakt, że w innych postępowaniach, o których Odwołujący ma wiedzę, oświadczenia w takiej samej formie jak przedłożona przez Odwołującego w tym postępowaniu, nie były kwestionowane. Na poparcie powyższego, Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 29 sierpnia 2013 r. (sygn. IX Ga 128/13), z którego wynika, że oświadczenie o niekaralności członków zarządu złożone przez wykonawcę nie było kwestionowane przez zamawiającego, uczestników, Krajową Izbę Odwoławczą oraz Sąd Okręgowy na całym etapie postępowania oraz procesu sądowego.

Ponadto, interpretacja przepisu zaprezentowana przez Zamawiającego przyczynia się do dyskryminacji przedsiębiorców zagranicznych uczestniczących w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że o ile przepisy Pzp oraz rozporządzenia w zakresie wymaganych dokumentów dotyczących niekaralności są precyzyjne w odniesieniu do dokumentów wymaganych od przedsiębiorców polskich, to – jak wynika z niniejszej sprawy – w odniesieniu do przedsiębiorców zagranicznych zakres wymaganych dokumentów jest w istocie efektem wykładni przepisu sprzecznej z jego literalnym brzemieniem. Literalna wykładnia, która w przypadku przedsiębiorców zagranicznych nieznanymi polskimi realiów prawnych powinna mieć priorytet, prowadzi do wniosku, że przez oświadczenie należy rozumieć oświadczenie wykonawcy. Również z praktycznego punktu widzenia podejście Zamawiającego jest dyskryminujące, gdyż wymaganie aby każdy z członków zarządu złożył oświadczenie indywidualnie jest często praktycznie niemożliwe z uwagi na ilość osób wchodzących w skład zarządu przedsiębiorcy zagranicznego oraz terminów do składania dokumentów ustalonych przez zamawiających. Powyższe uwagi są tym bardziej zasadne zważywszy na fakt, że zarząd pod prawem szwedzkim nie jest tożsamy z polskim zarządem pod względem funkcji oraz odpowiedzialności jego członków, np. w szwedzkim zarządzie zasiadają często również osoby niebiorące udziału w zwykłym prowadzeniu spraw spółki, mogą one być trudno dostępne, a co za tym idzie wymaganie uzyskania od każdej z takich osób indywidualnych oświadczeń w sztywno określonych terminach może być niemożliwe.

Zamawiający ponadto zarzucił formalną wadliwość oświadczenia Odwołującego i stwierdził, że nie jest ono oświadczeniem złożonym przed notariuszem, gdyż widnieje na nim jedynie zaświadczenie o podpisaniu dokumentu przez osobę reprezentującą Odwołującego.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że rozporządzenie wymaga jedynie, aby czynność ta została dokonana przed notariuszem. Zatem, nie oznacza to, że dla jej zachowania wymagana jest formuła identyczna jak w prawie polskim.

Z treści przedłożonego Zamawiającemu oświadczenia Odwołującego wynika, że notariusz zaświadczył, że G.J. podpisał przedmiotowe oświadczenie. Oznacza to, że dokument zawierający oświadczenie G.J. przedłożony był notariuszowi przed formalnym jego podpisaniem oraz, że podpisanie tego dokumentu, które zdaniem Odwołującego jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia, zostało dokonane w obecności notariusza. Taka forma jest zgodna z rozporządzeniem, zgodnie z którym wystarczającym jest, aby oświadczenie zostało złożone przed notariuszem.

Ponadto podkreślił, że czynności notarialne dokonywane w Szwecji cechują się brakiem jednolitej praktyki notarialnej, a także trudnościami w zakresie sporządzania czynności w formie wymaganej przez prawo polskie. Niemniej jednak wykładnia oświadczenia woli pozwala przyjąć, że dokument przedłożony przez Odwołującego, tj. oświadczenie Odwołującego złożone przez G.J. zostało sporządzone przed organem do tego uprawnionym, tj. notariuszem oraz we właściwej formie. Zamawiający nie przedstawił natomiast jakichkolwiek dowodów, które pozwalałyby kwestionować ten dokument, w szczególności nie wykazał, że w świetle prawa materialnego Szwecji, pomimo poświadczenia przez notariusza, że dana osoba podpisała konkretny dokument, takie podpisanie mogło się odbyć bez obecności notariusza.

Powyższe argumenty Odwołującego mają swoje poparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 128/13. Sąd stwierdził, że w przypadku oświadczeń składanych przed notariuszem, w odróżnieniu od polskich wymogów, składanie oświadczeń przed notariuszem poza granicami RP nie musi przybrać formy aktu notarialnego (wystarczające jest w tym zakresie dochowanie formy obowiązującej w państwie, w którym oświadczenie to jest składane), i zwrot "oświadczenie złożone przed notariuszem" oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną.

Na marginesie Odwołujący podkreślił niekonsekwencję Zamawiającego, który nie zakwestionował innego oświadczenia złożonego przez Odwołującego przed notariuszem w tym samym trybie i formie, tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

**Ad II 3.** Odwołujący pierwotnie wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, przedłożył wyciąg z ewidencji karnej Krajowego Zarządu Policji dla G.J., z którego jednakże wynikało, że celem otrzymania wyciągu z rejestru nie jest wykorzystanie go jako zaświadczenia o niekaralności, a jedynie wskazanie informacji na temat danych jakie ewentualnie znajdują się na temat danej osoby w rejestrze karnym. W wezwaniu do uzupełniania dokumentów z dnia 18 lutego 2016 r., Zamawiający zakwestionował przedmiotowy dokument z uwagi na powyższe, ale jednocześnie stwierdził w oparciu o ten sam dokument, że wykonawca ma możliwość przedłożenia zaświadczenia o niekaralności dla członków organu zarządzającego wobec tego oświadczenie złożone przed notariuszem nie powinno mieć zastosowania.

Odwołujący zauważył, że wezwanie Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne, z jednej strony Zamawiający zakwestionował przedłożony wyciąg z ewidencji karnej, z drugiej strony uznał w oparciu o ten sam wyciąg, że istnieje możliwość uzyskania dokumentu poświadczającego niekaralność.

Dostrzegając powyższą sprzeczność, Odwołujący przedłożył jedynie oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek ponownie wezwać Odwołującego do uzupełniania braków występujących zdaniem Zamawiającego w tym dokumencie, gdyż pierwsze wezwanie Zamawiającego było wewnętrznie sprzeczne, niejasne i nieprecyzyjne. Co do zasady, wezwanie w odniesieniu do tego samego dokumentu może mieć miejsce tylko jeden raz. Jednakże Zamawiający powinien szczegółowo opisać braki i jasno sprecyzować żądanie dotyczące zakresu prawidłowego uzupełnienia. Z tego względu ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania, nie może stanowić wezwania drugiego. Jest to w dalszym ciągu pierwsze wezwanie, gdyż tylko prawidłowe, jasne i precyzyjne wezwanie odzwierciedla zastosowanie się Zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2014 r. (KIO 846/14) Izba uznała: *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego. W ocenie Izby, z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust 3 p.z.p., nie zwalnia zamawiającego fakt, iż odwołujący samodzielnie uzupełnił dokumenty.”* Również w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. I ACa 357/10 Sąd Apelacyjny stwierdził: *„wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego*

*stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy.”*

Zdaniem Odwołującego, wezwanie Zamawiającego z 18 lutego 2016 r. było czynnością wadliwą, zatem nie można tym faktem obciążać Odwołującego, który powinien mieć możliwość pełnego skorzystania z art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do oświadczenia o niekaralności złożonego przed notariuszem.

Niezależnie od powyższych argumentów dotyczących wadliwości wezwania Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że powtórne wezwanie było zasadne także z uwagi na fakt, że pierwsze wezwanie dotyczyło dokumentu zaświadczenia z ewidencji karnej. A zatem dokonanie przez Zamawiającego powtórnie czynności wezwania w odniesieniu do formy złożonego oświadczenia przed notariuszem w Szwecji, nie stanowiłoby naruszenia zakazu jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, gdyż dotyczyłoby ono innego dokumentu. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2011 r. (KIO 1944/11) zostało podkreślone: *„jeżeli wezwanie dotyczy określonych i wskazanych w tym wezwaniu braków, to nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu tej instytucji w zakresie innego braku lub błędu, którego dostrzeżenie przez Zamawiającego nastąpiło w terminie późniejszym. Otóż, jeżeli Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu.”*

Odwołujący uznał odwołanie za uzasadnione i zasługujące na uwzględnienie.

**Odwołujący** złożył w Izbie w dniu 4 maja 2016 r. uzupełnienie odwołania, złączając dwa oświadczenia wraz z tłumaczeniem na język polski:

1. H.P. – dyrektora ds. bezpieczeństwa SAAB Dynamics AB, w którym oświadczający wskazał, że Spółka podpisała umowę bezpieczeństwa ze szwedzkim urzędem wyznaczonym DSA warunkującą wstępnie prawo do informacji niejawnych, w tym objętych klauzulą TAJNE. Umowa określa zobowiązanie do wnioskowania o poświadczenie bezpieczeństwa dla dyrektora zarządzającego, zarządu i osób mających dostęp do informacji niejawnych z klauzulą TAJNE. Przyznanie poświadczenia we wskazanym zakresie oznacza, że Spółka zostałaby automatycznie powiadomiona o skazaniu za popełnienie przestępstwa osób pełniących wymienione funkcje. Przyznanie poświadczenia osobom świadczy, że nie były one skazane za przestępstwa i nie figurują w rejestrze osób podejrzanych.
2. M.L. – menedżera ds. ryzyka handlowego spółki, w sprawie czynności notarialnych wykonywanych przez szwedzkich notariuszy, w którym wskazano, że na mocy szwedzkiej ustawy o notariuszach publicznych (1981:1363), główne czynności wykonywane przez szwedzkich notariuszy, obok innych uprawnień notariusza w Szwecji, to poświadczenie



podpisów i poświadczanie złożenia podpisu przez osobę uprawnioną (np. do reprezentacji podmiotu).

W przypadku poświadczania podpisu na dokumencie, dokument jest przedkładany notariuszowi, który – po zapoznaniu się z jego treścią oraz po podpisaniu dokumentu przez wskazaną osobę – poświadcza złożenie podpisu przez tę osobę oraz jej uprawnienie do reprezentacji danego podmiotu, jeśli poświadczenie podpisu dokonywane jest wraz z potwierdzeniem uprawnienia do reprezentacji. W Szwecji, podobnie jak w innych systemach prawnych, powszechnym jest, że potwierdzenie podpisu w obecności notariusza jest równoznaczne z momentem złożenia podpisu pod oświadczeniem w obecności notariusza.

**Zamawiający**, w odpowiedzi na odwołanie przesłanej faksem w dniu 4 maja 2016 r. i pisemnej złożonej na rozprawie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu pisma wskazał.

Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę: SAAB DYNAMICS AB SE- 691 80 Karlskoga Sweden, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia. Na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca został wezwany do uzupełnienia 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wezwanie zawierało wyjaśnienie, że wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ we wniosku o dopuszczenie do udziału przedłożył wyciąg z ewidencji karnej Krajowego Zarządu Policji dla p. G.L.E.J., podczas gdy przywołany w treści przepis § 9 ustawy o rejestrze karnym informował, że celem otrzymania wyciągu nie jest wykorzystywanie go jako zaświadczenia o niekaralności, a jedynie wskazanie informacji na temat danych jakie ewentualnie znajdują się na temat danej osoby w rejestrze karnym. Ponadto, wykonawca we wniosku nie przedłożył dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dotyczących p. I.A.B., R.H.N., U.M.O., uprawnionych do reprezentowania spółki. Przedstawione we wniosku oświadczenie o niekaralności złożone przez p. G.J. dotyczące powyższych osób, nie mogło być uznane, co zostało podkreślone w wezwaniu, ponieważ nie zostało złożone przez te osoby, a złożone jest niezgodne z opisami ogłoszenia o

zamówieniu, sporządzonymi na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013, poz. 231). W opisach stwierdzono, że jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się przedmiotowych dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, lub przed notariuszem.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca oświadczył, że przedłożony wyciąg z ewidencji karnej Krajowego Zarządu Policji nie może być wykorzystywany jako zaświadczenie o niekaralności i nie jest możliwe uzyskanie w Szwecji zaświadczeń o niekaralności w takiej formie i w takim zakresie jak tego wymaga Zamawiający. W związku z powyższym, wykonawca przedłożył oświadczenie o braku występowania w rejestrach karnych. W oświadczeniu tym p. G.J. – jako osoba uprawniona do reprezentacji SAAB Dynamics AB oświadczył, że *„zgodnie z moją najlepszą wiedzą i przekonaniem, żaden członek Zarządu ani żaden szczególnie upoważniony sygnatariusz SAAB DYNAMICS AB czyli żadna z następujących osób:*

- G.L.E.J.
- U.M.O.
- I.A.B.
- R.H.N.

*nie była skazana za żadne przestępstwo, a w szczególności 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*
- *przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.”*

Dodatkowo na oświadczeniu widnieje opis: *„Ja niżej podpisany D.M. notariusz w i dla okręgu Örebro niniejszym zaświadczam, że G.J. podpisał ten dokument.”*

Zamawiający nie uznał oświadczenia złożonego przez p. G.J. dotyczącego innych osób uprawnionych do reprezentowania podmiotu SAAB Dynamics AB, z uwagi na fakt, że oświadczenie dotyczące braku karalności za przestępstwa nie jest oświadczeniem woli lecz oświadczeniem wiedzy o okolicznościach faktycznych znanych wyłącznie osobie fizycznej, której te okoliczności dotyczą. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO 200/14 z dnia 3

marca 2014 r., wyrok sygn. akt 568/15 z dnia 7 kwietnia 2015 r., wyrok KIO z dnia 5 lipca 2011 r.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał na formalną wadliwość złożonego przez wykonawcę oświadczenia o braku występowania w rejestrach karnych, przywołując uzasadnienie wyroku Izby z dnia 3 marca 2014 r. KIO 205/14.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że Krajowa Izba Odwoławcza nie reprezentuje jednolitej linii orzeczniczej w przedmiocie odwołania. Dowodzenie przez Odwołującego, że oświadczenie o niekaralności osoby będącej członkiem zarządu wykonawcy może złożyć osoba uprawniona do reprezentowania wykonawcy jest błędne. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przywołane w piśmie z 11 kwietnia 2016 r. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że przytoczony przez Odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie sygn. akt IX Ga 128/13 jest interpretowany w sposób niewłaściwy, ponieważ nie sposób doszukiwać się stanowiska Sądu, że oświadczenie o niekaralności członków zarządu złożone przez wykonawcę nie było kwestionowane, skoro nie było istotą sprawy. KIO i Sądy nie orzekają co do kwestii, które nie są przedmiotem sprawy.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, że przywołany przez Odwołującego wyrok Sądu jest również zgodny ze stanowiskiem Zamawiającego, ponieważ wskazuje: *„W przypadku oświadczeń składanych przed notariuszem, w odróżnieniu od polskich wymogów, składanie oświadczeń przed notariuszem poza granicami RP nie musi przybrać formy aktu notarialnego (wystarczające jest w tym zakresie dochowanie formy obowiązującej w państwie, w którym oświadczenie to jest składane), o tyle w ocenie składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem” oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną (por. w tym zakresie orzeczenie (...) z 27 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2660/10). Wykładni zwrotu „oświadczenie złożone przed notariuszem” dokonał również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu postanowienia z 10 listopada 2006 r. (sygn. akt I CSK 228/06), stwierdził „(...) złożenie oświadczenia „przed notariuszem” oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności (...). Jak stwierdził słusznie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego orzeczenia „oznacza to, że wola (...) musi zostać uzewnętrzniona w obecności notariusza i utrwalona w postaci aktu notarialnego. Nie stanowi takiego uzewnętrznienia sporządzenie przez spadkobiercę pisma zawierającego jego treść jego oświadczenia co do spadku i jedynie położenie na nim podpisu w obecności notariusza, trafnie bowiem wskazano, że notariusz poświadcza jedynie własnoręczność podpisu położonego w jego obecności przez oznaczoną osobę. Notariusz przy tego rodzaju poświadczeniu nie ma obowiązku zapoznawania się z treścią oświadczenia, jakie zawarte zostało w treści pisma”. Oznacza to, że zwrot przed notariuszem, wymaga po pierwsze,*

*złożenia oświadczenia woli bezpośrednio przed notariuszem, po drugie wymaga zapoznania się notariusza z oświadczeniem woli (...). Jak wskazał Sąd Najwyższy czynność przed notariuszem – nie może niewątpliwie oznaczać zwykłego poświadczenia podpisu.”*

Zamawiający wskazał, że p. G.J. złożył oświadczenie o braku występowania w rejestrach karnych w dniu 10.03.2016 r., podczas gdy notariusz zaświadczył, że: „G.J. podpisał ten dokument” w dniu 14.03.2016 r., co jednoznacznie potwierdza, że przedmiotowe oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem.

Interpretując przywołany przez Odwołującego wyrok KIO 797/14 i zacytowany fragment, że *„dopuszczalne jest złożenie oświadczenia przez Wykonawcę”*, Zamawiający podkreślił, że analiza tego wyroku przez Odwołującego była niedokładna, by wypowiadać się o niejednolitej linii orzeczniczej w tej sprawie. Gdyby Odwołujący przeprowadził szczegółową analizę całego wyводу dostrzegłby, że przedmiotem sporu nie była kwestia, czy należy złożyć dokument o niekaralności przez każdego członka organu zarządzającego, tylko czy można zamiast odpowiednika polskiego zaświadczenia/informacji z Krajowego Rejestru Karnego złożyć oświadczenie składającego ofertę. I w tym kontekście KIO wypowiedziała się, że w Irlandii nie wydaje się polskiego odpowiednika KRK, dlatego dopuszczalne jest złożenie oświadczenia przez wykonawcę. Przedmiotem sporu w tamtym postępowaniu nie było ustalenie czy dopuszczalne jest złożenie oświadczenia przez osobę uprawnioną w imieniu pozostałych osób. Natomiast wyroki przywołane przez Zamawiającego wskazują właśnie tę kwestię.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że wezwanie było czynnością wadliwą. Zacytował wezwanie z 18 lutego 2016 r. (...).

Wyrażany pogląd o możliwości, a nawet obowiązku ponownego zwrócenia się przez zamawiającego o uzupełnienie dokumentów, obejmuje sytuacje, w których wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów było niepełne, niekompletne czy z innych powodów niedoskonałe. Zamawiający nie ma jednak wątpliwości, że z takim wezwaniem nie ma do czynienia w tym postępowaniu.

Skierowane do Odwołującego wezwanie było klarowne i wprost akcentowało co jest powodem wezwania, jaka jest przyczyna nie uznania przedłożonego dokumentu, jakich dokumentów brakuje oraz dodatkowo podkreślono, że jeżeli w Szwecji nie wydaje się przedmiotowych dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem, lub przed notariuszem. W świetle jego treści profesjonalny, racjonalny i działający z odpowiednim rozeznaniem wykonawca, nie mógł mieć wątpliwości co do zakresu postulowanego uzupełnienia, to jest, że ma ono obejmować dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia dla wszystkich osób uprawnionych do reprezentowania spółki. Takie samo

stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 06.11.2014 r., sygn. akt KIO 2303/15.

Dodatkowo potwierdza to orzecznictwo KIO 1718/13, a także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt XII Ga 39/15, Sąd – w odniesieniu do regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – podkreślił: *„Rację należy przyznać KIO, iż instytucja powyższa jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, która jednocześnie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. (...).*

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.07.2015 r., sygn. akt 1544/15 *„Nie jest dopuszczalne dwukrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tych samych dokumentów.”*

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 21.11.2014 r., sygn. akt IV Ca 1246/14 zauważył: *„nie sposób podzielić stanowiska wyrażonego w orzeczeniu KIO o dopuszczalności ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie takie powinno bowiem mieć charakter jednorazowy.”*

Zamawiający dodatkowo podkreślił, że wydłużył, na wniosek wykonawcy, termin na uzupełnienie dokumentów z 2 tygodni do 6 tygodni. W ocenie Zamawiającego był to wystarczająco długo czas na ewentualne skorzystanie ze środków ochrony prawnej (w postaci odwołania) dotyczących „nieprecyzyjnej” treści wezwania. Wykonawca nie skorzystał z powyższego, co więcej nie wnioskował również do zamawiającego o doprecyzowanie czy dodatkowe wyjaśnienie treści przekazanej korespondencji. Wobec powyższego Zamawiający uznał, że zarzut w tym zakresie jest bezzasadny, ale również wniesiony po terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe oraz przedstawione dowody, Zamawiający stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wniósł o zasądzenie kwoty 3 600,00 zł stanowiącej uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Wobec nie stwierdzenia podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania – wykazał zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia przejawiające się złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału

w przetargu oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

### **Izba ustaliła.**

W opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wykazania braku przesłanek negatywnych, o których stanowi art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 1 grudnia 2015 r. – *Sekcja III, III.2.1) Sytuacja podmiotowa, pkt 3, rozdział V Danych do Ogłoszenia, pkt 2 „Wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (...)”, pkt 6.3)*

– zamawiający wskazał: *wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w rozdziale V pkt 2 ppkt 5 (aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp), składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...). Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się wskazanych w pkt 6 ppkt 3 (dokumentów), zastępuje się je dokumentem (...) zawierającym oświadczenie (...) złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.*

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, jedynym złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odwołujący załączył: „Załącznik nr 8.1 do odpowiedź Danych do Ogłoszenia 3012241773” z 14 stycznia 2016 r. Krajowego Zarządu Policji Kiruna, którego treścią w oparciu o „Wyciąg na podstawie § Ustawy o rejestrze karnym (1998:620)” jest informacja, że: Krajowy Zarząd Policji prowadzi ewidencję rejestru karnego; J., G.L.E. zwrócił się o przekazanie informacji dotyczącej wpisu w ewidencji na jego temat; oraz – jeśli wnioskodawca figuruje w rejestrze karnym, do pisma dołączony jest wyciąg z rejestru, jeśli nie figuruje do pisma nie zostanie dołączony żaden wyciąg. Do pisma został dołączony wyciąg wskazujący ukaranie wnioskodawcy mandatem. Nie zamieszczono informacji o ukaraniu wnioskodawcy za żadne przestępstwo, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Krajowy Zarząd Policji zastrzegł, że intencją ustawodawcy nie jest wykorzystywanie wyciągu jako zaświadczenia o niekaralności.

Odnośnie pozostałych członków zarządu spółki, wskazanych jako urzędujących członków organu zarządzającego – G.J., działając w imieniu i na rzecz SAAB DYNAMICS

AB złożył, załączone do wniosku, pisemne oświadczenie z dnia 20 stycznia 2016 r., o treści: „Według mojej wiedzy, żaden z członków Zarządu SAAB DYNAMICS AB, czyli żadna z niżej wymienionych osób: U.M.O., I.A.B., R.H.N. - Nigdy nie została skazana wyrokiem sądu za popełnienie następujących przestępstw: (...)” – wymieniono przestępstwa w zakresie szerszym niż wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z 18 lutego 2016 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie objętym sporem, do złożenia:

„4) 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Wykonawca przedłożył wyciąg z ewidencji karnej Krajowego Zarządu Policji dla p. G.L.E.J., podczas gdy przywołany w treści § 9 ustawy o rejestrze karnym informuje, że celem otrzymania wyciągu z rejestru nie jest wykorzystywanie go jako zaświadczenia o niekaralności, a jedynie wskazanie informacji na temat danych jakie ewentualnie znajdują się na temat danej osoby w rejestrze karnym. Ponadto, Wykonawca nie przedłożył dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dotyczących p. I.A.B., R.H.N., U.M.O., a osoby te uprawnione są do reprezentowania spółki. Złożone przez p. G.J. oświadczenie o niekaralności dotyczące powyższych osób, nie może być uznane, ponieważ nie zostało złożone przez te osoby oraz zostało złożone niezgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu opartymi na rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013, poz. 231), które stwierdza, że jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się przedmiotowych dokumentów zastępuje się je dokumentem, zawierającym oświadczenie, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub przed notariuszem. Jednakże z przedłożonego wyciągu z ewidencji karnej (dla p. J.) można powziąć informację, iż Wykonawca miał możliwość przedłożenia zaświadczenia o niekaralności dla członków organu zarządzającego, w związku z czym oświadczenie złożone przed organem, o którym mowa powyżej nie powinno mieć zastosowania.”

Wyznaczony termin dostarczenia dokumentów został ustalony do 7 marca 2016 r. Na wniosek odwołującego termin został przedłużony do 4 kwietnia 2016 r.

W dniu 4 kwietnia 2016 r. odwołujący złożył:

Załącznik nr 6 do uzupełnienie dokumentów do postępowania nr 121/KPW/ŚB/2015, Numer ref. 121/KPW/ŚB/2015 z dnia 10.03.2016.

Oświadczenie o braku występowania w rejestrach karnych, o treści:

*„Ja, niżej podpisany G.J. działając w imieniu SAAB DYNAMICS AB SE-691 80 Karlskoga Szwecja Oświadczam, że:*

*1. Jak to wykazano na przedłożonym już dokumencie dotyczącym G.J., nie jest możliwe, aby uzyskać zaświadczenie od szwedzkich władz stwierdzające, że dana osoba nie jest objęta żadnymi zarzutami karnymi, skazana na karę pozbawienia wolności lub podobne.*

*2. W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę wymagania zawarte w dokumentach przetargowych, niniejszym oświadczam, że zgodnie z moją najlepszą wiedzą i przekonaniem, żaden członek Zarządu ani żaden szczególnie upoważniony sygnatariusz SAAB DYNAMICS AB, czyli żadna z następujących osób:*

*-G.L.E.J., -U.M.O., -I.A.B., -R.H.N.*

*nie była skazana za żadne przestępstwo, a w szczególności 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*
- przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.”*

W dalszej części oświadczenia została przedstawiona zasada reprezentacji spółki oraz zamieszczono stwierdzenie, że oświadczenie jest prawdziwe zarówno na dzień jego podpisania, jak również na dzień 31.01.2016.

Oświadczenie zostało opatrzone podpisem nieczytelnym [G.J.].

Pod treścią oświadczenia zostało zamieszczone zaświadczenie notariusza o treści: *„Ja, niżej podpisany D.M., notariusz w i dla okręgu Örebro, niniejszym zaświadczam, że G.J. podpisał ten dokument.”* Örebro, Szwecja 2016-03-14

[podpis nieczytelny] D.M. [pieczęć notariusza].

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania wskazując art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – pismo z dnia 11 kwietnia 2016 r., w którym wskazał m.in. (zastosowano znaczne skróty).



*(...) „Zamawiający nie może uznać oświadczenia złożonego przez p. G.J. za inne osoby, uprawnione do reprezentowania podmiotu SAAB Dynamics AB niż sam oświadczający z uwagi na fakt, iż oświadczenie dotyczące braku karalności za przestępstwa nie jest oświadczeniem woli lecz oświadczeniem wiedzy o okolicznościach faktycznych znanych wyłącznie osobie fizycznej, której te okoliczności dotyczą. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO 200/14 z dnia 3 marca 2014 r., wyrok o sygn. akt 568/15 z dnia 7 kwietnia 2015 r., wyrok KIO z dnia 5 lipca 2011 r.*

*Dodatkowo, Zamawiający wskazuje na formalną wadliwość złożonego przez Wykonawcę oświadczenia o braku występowania w rejestrach karnych”, przywołując uzasadnienie wyroku Izby z dnia 3 marca 2014 r., KIO 205/14.*

*„Jednocześnie Zamawiający informuje o unieważnieniu podmiotowego postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.”*

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z powodu nie złożenia oświadczeń przez trzech członków zarządu spółki odwołującej, uznając, że oświadczenia osób, o których stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – osób fizycznych będących urzędującymi członkami organu zarządzającego osoby prawnej – mogą być złożone wyłącznie przez te osoby. Podniósł również zarzut niewłaściwej formy złożonego przez dyrektora zarządzającego oświadczenia, cytując wyrok Izby, co pośrednio miało wskazywać na niezłożenie oświadczenia przed notariuszem lecz tylko z podpisem poświadczonym przez notariusza.

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego wskazując przede wszystkim na fakt, że oświadczenia o niekaralności wszystkich członków zarządu mogą składać osoby uprawnione do reprezentowania spółki; podpis złożony pod oświadczeniem w obecności notariusza jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem; wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było nieprecyzyjne i wewnętrznie sprzeczne.

#### **Izba zważyła.**

Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Z kolei odwołanie winno wskazywać niezgodne z ustawą czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem, rozpoznanie odwołania determinowane jest granicami i zakresem niezgodnych z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego, do których był zobowiązany na podstawie ustawy. Potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r.,

sygn. akt I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp, KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.”

Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawcy – osoby prawnej, której urzędujący członkowie organu zarządzającego zostali prawomocnie skazani 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 (art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

W celu ustalenia powyższego, przy wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, niezbędne do przeprowadzenia postępowania, zamawiający wskazuje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, w ogłoszeniu o zamówieniu – art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w z dnia 19 lutego 2013 r., cytowane przez strony postępowania odwoławczego, odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

Dla wykazania niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia przez osoby prawne, tj. wykazania braku prawomocnego skazania urzędujących członków organu zarządzającego za popełnione przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający żądał w ogłoszeniu o zamówieniu od wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z rozporządzeniem: zaświadczeń lub oświadczeń. Spór dotyczy oświadczenia złożonego przez dyrektora zarządzającego odwołującej się spółki w przedmiocie niekaralności pozostałych trzech członków zarządu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że dyrektor zarządzający w osobie G.J., działający w imieniu spółki, może złożyć oświadczenie o braku prawomocnego skazania za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, pozostałych członków zarządu objętych obowiązkiem złożenia takiego oświadczenia: U.M.O., I.A.B., R.H.N..

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy określa, że czynność wykluczenia z postępowania dotyczy wykonawcy – osoby prawnej, z powodu prawomocnego skazania urzędującego członka organu zarządzającego, którym jest osoba fizyczna.

Wskazane w odwołaniu przepisy – § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) – dotyczą wykonawców oraz osób pełniących określone funkcje w organach zarządzających osób prawnych. Przepis ust. 3 jednoznacznie odnosi się do: miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a więc dotyczy wykonawcy i osób. Nie ulega wątpliwości, że odpowiednie oświadczenie potwierdzające niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego ma złożyć (przedstawić) ten członek (osoba), którego dotyczy oświadczenie. Wykonawca składa natomiast oświadczenia dotyczące wykonawcy, np. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, niezaleganiu z opłatami, itp.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego przedstawione w tej kwestii, znajdujące odzwierciedlenie w orzecznictwie wskazanym w zawiadomieniu z dnia 11 kwietnia 2016 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz w odpowiedzi na odwołanie, m.in.

- wyrok z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 200/14: *„Całkowicie wadliwe jest zatem dokonanie takiej czynności w cudzym imieniu (...). Informacje o niekaralności osoby fizycznej nie należą do zasobów wiedzy powszechnej czy też, tzw. wiedzy korporacyjnej. Tego rodzaju danymi z natury rzeczy dysponują jedynie organy władzy publicznej oraz osoba fizyczna, której one dotyczą. Nie sposób zatem uznać, iż jeden z członków zarządu może w sposób wiążący wypowiadać się na temat odpowiedzialności karnej drugiego z członków zarządu, gdyż nie ma możliwości, aby posiadał on pełną wiedzę na ten temat (...);*

- wyrok z dnia 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt 568/15: *„Izba wskazuje przede wszystkim na konieczność osobistego składania takich oświadczeń przez osoby, których to oświadczenie dotyczy bezpośrednio, w tym przez urzędujących członków organów zarządzających. Oświadczenie w przedmiocie braku skazania może złożyć tylko i wyłącznie osoba, której to oświadczenie dotyczy”;*

- wyrok z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1306/11: *„oświadczenie składane przed notariuszem o niekaralności członków zarządu powinno zostać złożone osobiście przez każdego z tych członków zarządu. Brak jest podstaw – w oparciu o obowiązujące przepisy – do składania takiego oświadczenia przed notariuszem w czyimś imieniu”.*

Wyrok wskazany w odwołaniu dotyczy innych okoliczności faktycznych.

Przyczyna wykluczenia odwołującego z postępowania wskazana w piśmie z 11 kwietnia 2016 r. (str. 2 ostatni akapit) została potwierdzona – zamawiający nie mógł uznać oświadczenia złożonego przez G.J. o niekaralności pozostałych osób uprawnionych do reprezentowania spółki SAAB Dynamics AB (U.M.O., I.A.B., R.H.N.), z uwagi na fakt, że oświadczenie dotyczące braku prawomocnego skazania za przestępstwa, nie jest oświadczeniem woli lecz oświadczeniem wiedzy o okolicznościach faktycznych znanych wyłącznie osobie, której te okoliczności dotyczą.

Druga przyczyna wykluczenia wskazana w piśmie z 11 kwietnia 2016 r. – formalna wadliwość złożonego przez dyrektora zarządzającego oświadczenia o braku występowania w rejestrach karnych – nie została wyartykułowana w tym piśmie, lecz zastąpiona cytatem uzasadnienia wyroku Izby z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 205/14. W przywołanym uzasadnieniu wskazano wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2007 r., sygn. akt V Ca 47/07, z którego wynika: *potwierdzenie przez notariusza złożenia podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, jest jedynie stwierdzeniem złożenia podpisu pod dokumentem. W oczywisty sposób nie jest to równoważne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem.*

Z powyższego wynika, że zamawiający nie uznał za wystarczające oświadczenia złożonego przez G.J. odnośnie jego osoby jako urzędującego członka organu zarządzającego, ze względu na formę złożonego oświadczenia – nie przed notariuszem lecz z podpisem poświadczonym przez notariusza.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj., że żaden z urzędujących członków organu zarządzającego nie został prawomocnie skazany za przestępstwa określone w tym przepisie – gdyż oświadczenia w powyższym zakresie (wobec braku możliwości uzyskania zaświadczenia) nie zostały złożone osobiście przez każdego urzędującego członka organu zarządzającego, w sposób wynikający z ogłoszenia o zamówieniu i ponowiony w jednoznaczny sposób w wezwaniu z dnia 18 lutego 2016 r.

Przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają możliwości składania tego typu oświadczeń w imieniu i na rzecz drugiej osoby. Nie jest dopuszczalne złożenie oświadczeń w sposób zastępczy, nawet w sytuacji, gdy inny urzędujący członek zarządu – dyrektor zarządzający – czyni to zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą i przekonaniem.

Również oświadczenia złożone przez odwołującego wraz z uzupełnieniem odwołania, nie mogą stanowić zastępczych oświadczeń osób zobowiązanych do ich osobistego złożenia.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do treści wezwania z dnia 18 lutego 2016 r., które jak każda czynność, podlegało kontroli. Wezwanie zostało przyjęte, odwołujący

wystąpił o przedłużenie terminu do realizacji żądania przedstawionego w wezwaniu, łącznie 6 tygodni, nie kwestionował treści wezwania, nie zgłaszał wątpliwości ani pytań dotyczących wymagań zamawiającego. Treść wezwania nie przekraczała granic wynikających z treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymaganych oświadczeń i dokumentów. Wskazywała jednoznacznie przyczynę wezwania: *„Wykonawca nie przedłożył dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dotyczących p. I.A.B., R.H.N., U.M.O., a osoby te uprawnione są do reprezentowania spółki. Złożone przez p. G.J. oświadczenie o niekaralności dotyczące powyższych osób, nie może być uznane, ponieważ nie zostało złożone przez te osoby oraz zostało złożone niezgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu opartymi na rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013, poz. 231), które stwierdza, że jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się przedmiotowych dokumentów zastępuje się je dokumentem, zawierającym oświadczenie, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub przed notariuszem. (...).”*

Izba podzieliła jednoznaczne orzecznictwo cytowane przez zamawiającego w sprawie wzywania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – stanowi następstwo wykluczenia jedyne go wykonawcy z postępowania.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zd. pierwsze w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....