

Sygn. akt: KIO/UZP 303/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Węglowy S.A., 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37** protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50.**

U z a s a d n i e n i e

W przetargu nieograniczonym na „Dostawy taśmy przenośnikowej i zgarniaczy dla Zakładów Górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A.” wykonawca - Fenner Dunlop Polska spółka z o. o. (dalej protestującym lub odwołującym) złożył protest, a następnie odwołanie w zakresie zadania nr 3 na zaniechania i czynności zamawiającego - Południowego Koncernu Węglowego S.A., polegające na:

1. wyborze oferty Konsorcjum COBRA EUROPE S.A. z siedzibą we Francji oraz COBRA EUROPE Sp. z o.o. z siedzibą w Polsce (dalej Konsorcjum COBRA) jako najkorzystniejszej,
2. zaniechaniu wezwania Konsorcjum COBRA do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące statusu prawnego (sekcja II.A.) SIWZ),
3. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum COBRA z postępowania z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie uznania oferty Konsorcjum COBRA za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz w zw. z § 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605) oraz art. 4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. (dalej Konwencja).

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum COBRA,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania Konsorcjum COBRA do złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie właściwych dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym między innymi dokumentów urzędowych wymienionych poniżej zaopatrzonych w tzw. klauzulę Apostille zgodnie z Konwencją, a tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
4. nakazanie zamawiającemu - w razie nie złożenia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, złożenia dokumentów nieprawidłowych - wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z postępowania,
5. nakazanie zamawiającemu w razie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum COBRA z postępowania - uznania jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
6. nakazanie zamawiającemu w zakresie części nr 3 dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

Nadto odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 1143 kpc do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji w zakresie dotyczącym kwestii podnoszonych przez odwołującego w odwołaniu, a następnie na podstawie art. 188 ust. 3 ustawy Pzp o przeprowadzenie dowodu z dokumentu (dokumentów) przedstawionego przez Ministerstwo Sprawiedliwości - na okoliczność ustalenia, czy dokumenty przedłożone przez Konsorcjum COBRA są prawidłowe i spełniają kryterium prawidłowości w świetle przepisów ustawy Pzp oraz Konwencji.

Protestujący wskazał, że konsorcjum COBRA przedłożyło na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp następujące dokumenty w odniesieniu do członka konsorcjum Cobra Europe S.A.:

1. wyciągi z tzw. Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego oraz uwierzytelnione tłumaczenia tychże dokumentów z języka francuskiego na język polski dla Edgara M. (Prezes zarządu), Elizabeth P. (członek zarządu), Alain P. (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością), Fabryce Andre F. (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką akcyjną) oraz dla Edgara M. dodatkowo zaświadczenie z polskiego KRK,

2. oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem brytyjskim Fioną Elizabeth W. dla Davida S. (stały przedstawiciel członka zarządu będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością)

Odwołujący podniósł, iż dokumenty wskazane w pkt 1, tj. wyciągi z tzw. Biuletynu nr 3 francuskiego Krajowego Rejestru Karnego oraz uwierzytelnione tłumaczenia tychże dokumentów z języka francuskiego na język polski nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji wydawanej przez polski Krajowy Rejestr Karny.

Wskazał, że z informacji podanych do publicznej wiadomości na stronie francuskiego Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, iż Casier judiciaire (czyli francuski Krajowy Rejestr Karny) składa się z trzech Rejestrów.

Podał, że Rejestr nr 1 (Biuletyn nr 1) zawiera zbiór wszystkich wyroków skazujących i decyzji zawartych w rejestrze, jednak są z niego wykluczone odpowiednio: natychmiast: wyroki skazujące podlegające amnestii, wyroki skazujące korzystające z „rehabilitacji prawnej” (rodzaj zatarcia skazania dotyczący wyroków ograniczenia praw) wraz z usunięciem wpisu, sankcje karne i dyscyplinarne ulegające zatarciu w wyniku „rehabilitacji”; po upływie 3 lat: wyroki skazujące orzeczone za contarvention de police (rodzaj wykroczeń), oświadczenia o przyznaniu się do winy zaopatrzone w zwolnienie z kary, za wyjątkiem przypadków, gdy sąd orzekł o niedokonywaniu wpisu w rejestrze, sankcje lub środki wychowawcze, za wyjątkiem przypadków, gdy podczas tego okresu orzeczono nowy środek lub wyrok skazujący, compositions penales (rodzaj ugody zawieranej między prokuratorem a oskarżonym, który przyznał się do popełnienia wykroczenia) za wyjątkiem przypadków, gdy podczas okresu jego wykonywania orzeczono nowy środek karny tego rodzaju lub wyrok skazujący; po upływie 5 lat: orzeczenia o likwidacji prawnej, upadłość osobista lub zakaz zarządzania, chyba że ich okres przekracza 5 lat.

Wyjaśnił, że inne wyroki skazujące są usuwane z rejestru 40 lat po ostatnim wpisie natury karnej lub poprawczej lub w chwili śmierci osoby, której dotyczy.

Podał, że uzyskanie tego biuletynu jest zarezerwowane dla organów wymiaru sprawiedliwości.

Odwołujący podał także, że Rejestr nr 2 (Biuletyn nr 2) zawiera większość wyroków skazujących za zbrodnie i występki, za wyjątkiem: wyroków skazujących korzystających z „rehabilitacji prawnej”, wyroków skazujących orzeczonych wobec nieletnich, wyroków skazujących orzeczonych za contarevention de Police, wyroków skazujących orzeczonych wraz z zawieszeniem wykonywania kary, jeśli jego okres zakończył się bez nowej decyzji (sądu) nakazującej wykonanie kary, chyba że została orzeczona kara ograniczenia wolności lub zakazująca wykonywania zawodu lub wolontariatu.

Wyjaśnił, że ten biuletyn może być wydany tylko pewnym władzom administracyjnym lub organom dla określonych celów (np. dostęp do określonych zawodów/stanowisk).

Odwołujący podał wreszcie, że zgodnie z brzmieniem art. 777 fr. kpk, Rejestr nr 3 (Biuletyn nr 3) stanowi wykaz skazanych za przestępstwa stanowiące zbrodnie i występki, o których mowa poniżej, chyba że prowadzi się dla nich Rejestr nr 2: skazanych na karę pozbawienia wolności przekraczającą dwa lata - bez zawieszenia lub która podlega wykonaniu w całości skutek uchylenia zawieszenia, skazanych, w warunkach o których mowa w punkcie poprzedzającym, na karę nieprzekraczającą lub równą dwa lata, jeżeli przepis szczególny nakłada obowiązek umieszczenia informacji w rejestrze nr 3, osób, co do których orzeczono ubezwłasnowolnienie, pozbawienie praw, pozbawienie zdolności do czynności prawnych, bez zawieszenia, na podstawie art. 131-6 do 131-11 francuskiego kodeksu karnego, przez okres trwania tych środków karnych, osób, co do których orzeczono środek sądowy przewidziany przez art. 131-36 -1 francuskiego kodeksu karnego lub środek karny w postaci zakazu wykonywania pracy zawodowej lub charytatywnej.

Wyjaśnił, że wyciąg z rejestru może być wydany osobie, której wpis dotyczy, w żadnym zaś przypadku osobom trzecim.

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, iż francuskie zaświadczenie o niekaralności, czyli tzw. Biuletyn nr 3 ma węższy zakres niż zaświadczenie, jakie można uzyskać z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż Biuletyn ten wykazuje jedynie wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności na okres powyżej 2 lat, które nie zostały zaopatrzone w klauzulę zawieszenia (wykonania kary).

Odwołujący wskazał, iż wobec powyższego istnieje możliwość, że wyrok skazujący za niektóre przestępstwa zostanie zaopatrzony w klauzulę zawieszenia wykonania kary, co oznacza, że może się więc okazać, iż osoba, której dotyczy zaświadczenie z francuskiego Rejestru Karnego została skazana za przestępstwo odpowiadające tym wskazanym w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże wykonanie kary zostało zawieszona, a w takiej sytuacji Biuletyn nr 3 takiego wyroku skazującego nie wykaże.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym w Rejestrze gromadzi się dane o osobach prawomocnie skazanych za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Prawomocne skazanie obejmuje skazanie z zawieszeniem wykonania kary oraz wyroki skazujące bez względu na wymiar kary (co oznacza, że obejmuje również wyroki skazujące za przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej lat dwóch w odróżnieniu od Biuletynu nr 3 wydawanego przez francuski Rejestr Karny).

Podkreślił, że francuski KRK wykazuje również wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności niższą lub równą 2 lat, ale tylko wtedy, gdy sąd orzekł umieszczenie ich wpisu w Biuletynie nr 3, co oznacza, że może zajść sytuacja, w której osoba, której zaświadczenie

z francuskiego Rejestru Karnego dotyczy została skazana na karę pozbawienia wolności, jednakże z uwagi na fakt, iż sąd nie orzekł umieszczenia wpisu wyroku skazującego w Biuletynie nr 3, zaświadczenie francuskie nie będzie zawierać informacji o skazaniu, co stanowi o braku równoważności z zakresem informacji zawartym w polskim KRK.

Odwołujący podniósł także, iż Konsorcjum COBRA nie przedłożyło dla trzech członków Zarządu spółki COBRA EUROPE S.A. dokumentów potwierdzających, iż członkowie ci nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, iż z przedłożonego przez Konsorcjum COBRA odpisu z KRS dla spółki COBRA EUROPE S.A. oraz jego tłumaczenia na j. polski (strony oferty 29-41) wynika, że na pięciu członków Zarządu ujawnionych w przedłożonym odpisie trzech to osoby prawne.

Zdaniem odwołującego skoro urzędującymi członkami Zarządu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są osoby prawne - spółka akcyjna oraz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – to należy przyjąć, że dla wykazania spełnienia warunku niepodlegania wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wykonawca taki powinien przedłożyć, zgodnie z brzmieniem przepisów, właściwe dokumenty dla spółek będących urzędującymi członkami Zarządu.

Odwołujący podniósł wreszcie, iż Konsorcjum COBRA podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż przedłożyło dokumenty urzędowe, którymi nie może posługiwać się na terytorium RP, co wynika z fakty, iż przedłożone przez Konsorcjum COBRA dokumenty stanowią dokumenty urzędowe, sporządzone bądź na terenie Francji, bądź w Wielkiej Brytanii (oświadczenie złożone przed notariuszem brytyjskim) i nie zostały zaopatrzone w klauzulę Apostille zgodnie z art. 4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r.

Skuteczne posługiwanie się ww. dokumentami na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wymaga dołączenia klauzuli Apostille określonej w art. 4 Konwencji. Dokumenty urzędowe sporządzone przez organy innych państw, pozbawione klauzuli Apostille nie mogą być uznane za ważne na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym nie można się nimi skutecznie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej posługiwać. Skoro nie można się takimi dokumentami skutecznie posługiwać na terenie RP, Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu na podstawie tych dokumentów.

Podniósł wreszcie, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą wybranym w sprzeczności z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, iż umowa ta jest nieważna.

Zamawiający nie odpowiedział na protest.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentacją zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: Cobra Europe S.A. i Cobra Europe Sp. z o.o., stanowisk stron oraz uczestnika postępowania protestacyjnego, zaprezentowanych w proteście, przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, odwołaniu, a także oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie zaniechał wezwania konsorcjum wybranego do uzupełnienia dokumentów, czego konsekwencją mogłoby być jego wykluczenie, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ to jego oferta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (Rozdział X pkt 2 SIWZ).

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Złożoną przez odwołującego na rozprawie kserokopię Opinii z dnia 22 marca 2010 r. sporządzonej przez adwokata Lucien P. Izba uznała za stanowisko samego odwołującego.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego odwołującego (wniosek o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej przez instytucje państwowe we Francji w zakresie objętym w odwołaniu), uznając, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala na podjęcie rozstrzygnięcia.

Zarzut, iż przedłożone dla członków zarządu (Edgar Mansour, Elizabeth Pocard, Alain Penchinat, Fabrice Andre Fare) członka konsorcjum, tj. Cobra Europe S.A. dokumenty nie są dokumentami równoważnymi w stosunku do aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego ze względu na ich węższy zakres nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przyjął, że o węższym zakresie zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Republice Francuskiej przez Ministerstwo Sprawiedliwości przesądza po pierwsze to, że francuski Biuletyn nr 3, na podstawie którego wydawane jest zaświadczenie na wniosek osoby, której zaświadczenie dotyczy wykazuje jedynie wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności na okres powyżej 2 lat, które nie zostały opatrzone klauzulą zawieszenia, po drugie to, że Biuletyn nr 3 wykazuje wyroki skazujące na karę pozbawienia wolności niższą lub równą 2 lat, ale tylko wtedy, gdy sąd orzekł umieszczenie ich wpisu w tym Biuletynie.

Odwołujący twierdził, że iż dla wykazania pełnego zakresu niekaralności wymaganego przepisami ustawy Pzp konieczne jest przedłożenie, oprócz wyciągu z Biuletynu nr 3 (zaświadczenia o niekaralności), również oświadczenia własnego takiej osoby złożonego przed osobą (notariuszem) / organem odpowiednio do wymogów Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby żądanie od wykonawców zagranicznych na potwierdzenie, iż ich urzędujący członkowie organu zarządzającego nie zostali skazani za przestępstwa, których katalog został wskazany w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dwóch rodzajów dokumentów, tj. zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, a jednocześnie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia osoby nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 z późn. zm.) - dalej rozporządzenie, o czym jednoznacznie świadczy zwrot „zastępuje się je”, użyty w § 2 ust. 2 rozporządzenia.

Trafnie zamawiający podniósł w toku rozprawy, że akceptacja stanowiska odwołującego prowadziłyby do zastosowania mieszanej formy dokumentowania niekaralności, a ta - jak wskazano powyżej - nie jest w przepisach o zamówieniach publicznych dopuszczona.

Odnosząc się do kwestii węższego zakresu zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Republice Francuskiej przez Ministerstwo Sprawiedliwości w stosunku do zakresu, jaki obejmują informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego Izba stwierdza, że kluczowe jest ustalenie jak rozumieć należy sformułowanie: „zaświadczenie (...) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy”, zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W ocenie Izby, wobec braku w przepisach o zamówieniach publicznych zdefiniowania tego sformułowania, a także braku wskazania, jak należy rozstrzygać różnice zachodzące pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw w szczególności co do wysokości wymiaru kary za przestępstwa, podstaw zawieszenia wykonania kary, czy też różnice - na co zwracał uwagę zamawiający na rozprawie - wynikające z kształtu jurydycznego (opisu) poszczególnych przestępstw, 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 powyżej przykładowo wskazane 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.

Zarzut nie przedłożenia dla trzech członków zarządu członka konsorcjum, tj. Cobra Europe S.A. dokumentów potwierdzających, że członkowie ci nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przyjął - w stosunku do trzech członków zarządu Cobra Europe S.A., będących osobami prawnym - obowiązek przedłożenia w takim przypadku, poza dokumentami potwierdzających, że stali przedstawiciele tych członków zarządu (tych osób prawnych) nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, także dokumentu - odpowiednika polskiego KRK - dla osoby prawnej jako podmiotu zbiorowego (art. 24 ust 1 pkt 9 ustawy Pzp).

Bezsprzecznie przepis art. 24 ustawy Pzp, wyliczając przesłanki, których wystąpienie przesądza o obowiązku wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego odnosi je do wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcą, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą jest konsorcjum składające się z dwóch osób prawnych - dwóch podmiotów zbiorowych:

1. Cobra Europe S.A. z siedzibą we Francji,
2. Cobra Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Polsce,

a zatem do tych osób prawnych - podmiotów zbiorowych i wyłącznie do tych osób prawnych - podmiotów zbiorowych należy odnieść ustawowe wymogi, tj. w szczególności:

1. aby urzędujący członkowie organu zarządzającego tych firm nie byli skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
2. aby wobec tych firm nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne - art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Sam fakt, że członkiem organu zarządzającego jednego z członków konsorcjum, jest osoba prawna nie daje podstaw do przyjęcia, że w takim przypadku weryfikuje się taki podmiot w szerszym zakresie, tj. nie tylko pod kątem katalogu przestępstw, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (stały przedstawiciel osoby prawnej, będącej członkiem zarządu), ale także pod kątem zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp właśnie dlatego, że pkt 9 odnosi się wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, nie zaś do jego członków zarządu, które o to zamówienie się nie ubiegają (nie są wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). Taka rozszerzająca weryfikacja wykonawcy nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisu art. 24 ustawy Pzp.

Jak trafnie wskazywał zamawiający w toku rozprawy rozbieżna jest materia uregulowana w pkt 8 (przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarodkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego), i pkt 9 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary).

Zarzut przedłożenia dla członka konsorcjum, tj. Cobra Europe S.A. dokumentów urzędowych sporządzonych bądź na terenie Francji bądź Wielkiej Brytanii, które nie zostały opatrzone klauzulą apostille zgodnie z art. 4 Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze z dnia 5 października 1961 r. Dz.U. z 2005 r., Nr 112, poz. 938) nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący odniósł swój zarzut do następujących dokumentów jednego z członków (tj. Cobra Europe S.A. z siedzibą we Francji) konsorcjum, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą,:

1. KRS Cobra Europe S.A.,
2. potwierdzających, że Cobra Europe S.A. nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
3. potwierdzających, że Cobra Europe S.A. nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat,
4. potwierdzających niekaralność urzędujących członków organu zarządzającego Cobra Europe S.A.,
5. potwierdzającego, że wobec Cobra Europe S.A. nie orzeczono ubiegania się o zamówienie,
6. potwierdzającego, że wobec Cobra Europe S.A. nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

znajdujących się na stronach 29 - 31, 57, 61, 65, 67, 71, 75 - 77, 81, 83, 85, 89 i 91 oferty wskazanej spółki.

Odwołujący przyjął istnienie obowiązku dołączenia apostille określonej w art. 4 Konwencji Haskiej do dokumentów urzędowych sporządzonych w innym państwie (w tym przypadku we Francji i Wielkiej Brytanii), które są składane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego na potwierdzenie spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków podmiotowych.

Na rozprawie odwołujący uzasadniał, że Konwencja Haska jest częścią polskiego porządku prawnego i stąd wynika dla potwierdzenia ważności dokumentu wymóg jego opatrzenia klauzulą apostille, zaś fakt, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie odsyła do wskazanej konwencji nie oznacza, że Konwencja ta nie obowiązuje.

Zamawiający powołał się natomiast na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 643/09, KIO/UZP 656/09.

Niewątpliwie Konwencja Haska jest częścią polskiego porządku prawnego, jednak Izba uznała, że polskie przepisy o zamówieniach publicznych nie wymagają legalizacji dokumentów urzędowych w rozumieniu tej Konwencji.

O ile bowiem np. przepis art. 1138 k.p.c. wymaga, aby w przypadku, gdy dokument zagraniczny dotyczy przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce lub w przypadku, gdy dokument wywołuje wątpliwości co do jego autentyczności był uwierzytelniony przez polskie przedstawicielstwo dyplomatyczne lub urząd konsularny, o tyle polskie przepisy o zamówieniach publicznych wymagają jedynie, aby dokumenty były składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę (§ 4 ust. 1 rozporządzenia), a w przypadku wątpliwości co do prawdziwości dokumentu lub w przypadku jego nieczytelności, uprawnia zamawiającego do żądania przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii (§ 4 ust. 2 rozporządzenia).

W ocenie Izby uznać zatem należy, że polskie przepisy o zamówieniach publicznych zniosły obowiązek legalizacji dokumentu zagranicznego składanego w postępowaniu o zamówienie publiczne (dołączenia apostille). Możliwość zniesienia lub uproszczenia legalizacji lub zwolnienia takich dokumentów z legalizacji przewiduje art. 3 Konwencji Haskiej.

Izba podziela tym samym tożsame w tym zakresie stanowisko zawarte w przywołanym przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 643/09, KIO/UZP 656/09.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp i w oparciu o przepis art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....