

Sygn. akt: KIO 1631/17

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie 18 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 sierpnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę E. S. L. & C. L.. z siedzibą w N. (I.), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w W., przy udziale wykonawcy E. S.A. z siedzibą we W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
 - 1.2. unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę wniosku Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 81,02 zł (słownie: osiemdziesiąt jeden złotych 02/100) tytułem nadpłaconej kwoty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla Sił Zbrojnych RP 116 kpl Systemów Sensorów Rozpoznawczych (SSR) w latach 2015-2022, znak sprawy (...), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S 075-131900.

25 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę E. S. L. & C. L.. z siedzibą w N. (I.) o wykluczeniu z Postępowania.

Ww. (dalej „Odwołujący”) zaskarżył tą czynność odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) 4 sierpnia 2017 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Sekcji III.2.1) ust. 4 pkt 2 Ogłoszenia, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, by wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożył 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 Pzp (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu), podczas gdy Odwołujący w dniu 7 czerwca 2017 r. złożył wymagane dokumenty na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r., zaś Zamawiający błędnie ustalił, że dokumenty te (tj. zaświadczenia wydane przez Policję Izraela) nie potwierdzają faktu niekaralności członków organu zarządzającego Odwołującego na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu (tj. 23 czerwca 2015 r.), a jedynie na dzień ich wystawienia (tj. 28 maja 2017 r.), podczas gdy stanowisko to jest nieprawidłowe, bowiem dokumenty te potwierdzają fakt braku jakiegokolwiek skazania za jakiegokolwiek przestępstwo każdego z członków zarządu Odwołującego również w przeszłości, w tym także na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, co wynika również bezpośrednio z ich treści,

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu i tym samym nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji innych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu,
2. uznania, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu,

a nadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący stwierdził, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów Pzp.

Powyższe jest uzasadnione następującymi okolicznościami:

1. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu,
2. gdyby Odwołujący nie został wykluczony z Postępowania, wówczas złożony przez niego wniosek mógłby zostać poddany ocenie przez Zamawiającego, na skutek której Odwołujący mógłby zostać zaproszony do składania ofert wstępnych,
3. gdyby Odwołujący został zaproszony przez Zamawiającego do składania ofert wstępnych, a następnie do złożenia oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając zarzuty Odwołania Odwołujący przytoczył wymóg z Ogłoszenia, zgodnie z którym wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożyli 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 Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (Sekcja III.2.1) ust. 4 pkt 2 Ogłoszenia).

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w dniu 23 czerwca 2015 r. Następnie, po prawie dwóch latach od tego czasu, Zamawiający dokonał zbadania wniosku pod względem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i pismem z dnia 18 maja 2017 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku przez złożenie zaświadczeń organu sądowego lub administracyjnego, potwierdzających niekaralność osób wchodzących w skład organu zarządzającego Odwołującego (w zakresie wymaganym w Sekcji III.2.1) ust. 4 pkt 2 Ogłoszenia) wskazując, że złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, tj. w dniu 23 czerwca 2015 r.

7 czerwca 2017 r., (z zachowaniem wyznaczonego terminu, który został przez Zamawiającego przedłużony na prośbę Odwołującego) Odwołujący przedstawił zaświadczenia wydane przez Policję Izraela poświadczające niekaralność członków organu zarządzającego Odwołującego. Zaświadczenia te zostały wystawione w dniu 28 maja 2017 r. Odwołujący wyjaśnił również w skierowanym do Zamawiającego piśmie, że wydane przez Policję Izraela zaświadczenia potwierdzają fakt niekaralności osób, których dotyczą, również na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, bowiem obowiązujące w Izraelu przepisy dotyczące kartotek karnych przewidują, że tego rodzaju zaświadczenia obejmują również dane historyczne.

25 lipca 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania. W zawiadomieniu Zamawiający wskazał, że w jego ocenie złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzają fakt niekaralności jedynie na dzień ich wystawienia. Zamawiający stwierdził, że ustalił jakoby w prawie I. przewidziana była instytucja zatarcia skazania, zaś informacje udostępniane przez Policję Izraela zawierają jedynie dane o wyrokach, które nie uległy zatarciu. Zamawiający wskazał przy tym, że nawet jeżeli informacja o każdym skazaniu pozostaje w kartotece karnej, to nie jest ona publicznie dostępna i nie byłaby widoczna w zaświadczeniach złożonych przez Odwołującego (gdyby skazanie danej osoby uległo zatarciu pomiędzy dniem 23 czerwca 2015 r. a 28 maja

2017 r.). Jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp.

Błędne ustalenie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów o zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przy czym do postępowania tego stosuje się Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (zgodnie z art. 16 ust. 1 tej ustawy), która z dniem 28 lipca 2016 r. zmieniła treść przepisów stanowiących podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z Postępowania, tj. art. 131e oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W dacie wszczęcia Postępowania art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp stanowił, że z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2-9 i ust. 2 Pzp. Natomiast zgodnie z obowiązującym wówczas brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu z postępowania podlegał wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podstawą konkluzji Zamawiającego, jakoby dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w Postępowaniu jest przekonanie Zamawiającego, że złożone zaświadczenia wydane przez Policję I. potwierdzają stan aktualny na dzień ich wydania, a nie na dzień upływu terminu do składania ofert. Pogląd ten jest jednak nieprawidłowy.

Błędne założenia Zamawiającego odnośnie zatarcia skazania

Stanowisko Zamawiającego oparte jest na ustaleniu, że w prawie Izraela przewidziana została instytucja zatarcia skazania. Na tej podstawie Zamawiający uważa, że dokument wystawiony w dniu 28 maja 2017 r. nie jest dokumentem wystarczającym, bowiem w stosunku do konkretnej osoby w dniu 23 czerwca 2015 r. mogło istnieć niezatarte jeszcze wówczas skazanie, który następnie uległo zatarciu, a zatem informacja o nim nie byłaby uwzględniona w zaświadczeniu wydanym po zatarciu.

Ustalenia Zamawiającego są jednak błędne. Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że skutki zatarcia skazania w prawie izraelskim są takie same, jak w prawie polskim. W wypadku informacji udostępnianych w P. przez KRK faktycznie nie obejmują one danych o skazaniu prawomocnym wyrokiem sądu, które uległo już zatarciu, co wynika z art. 106 K.k. Niesłuszne jest jednak rozumowanie Zamawiającego, który niejako na

zasadzie analogii założył, że skoro w I. również istnieje instytucja zatarcia skazania, to znaczy, że także w tym państwie – podobnie jak w P. – skazania, które uległy zatarciu nie będą widoczne w dokumentach potwierdzających treść kartotek lub rejestrów karnych w stosunku do danej osoby.

Zamawiający przyjął, że zatarcie skazania w Izraelu wywołuje takie same skutki jak w P., podczas gdy z samej treści zawiadomienia o wykluczeniu z dnia 25 lipca 2017 r. wynika, że tak nie jest. Zamawiający stwierdza, bowiem, że „[...]nawet jeśli informacja o skazaniu, jak twierdzi Wykonawca, pozostaje w kartotece karnej, to nie jest ona powszechnie dostępna[...]”, tym samym potwierdzając, że prowadzone w Izraelu kartoteki karne zawierają informację o wyrokach skazujących także wtedy, gdy nastąpiło już zatarcie skazania.

Zamawiający nie wskazał przy tym, co rozumie pod pojęciem „powszechnej dostępności” danych zawartych w kartotekach karnych. Należy jednak wskazać, że dane te z reguły – także w P. – nie są dostępne powszechnie, tj. dla każdej zainteresowanej osoby, tylko przede wszystkim dla osób, których dotyczą oraz dla uprawnionych organów. Brak powszechnej dostępności wskazanej informacji nie oznacza zatem, że nie jest ona w ogóle dostępna, jak niesłusznie przyjął Zamawiający.

Co więcej, w prawie polskim została przewidziana zgoła odmienna zasada niż w Izraelu, bowiem art. 106 K.k. wprost stanowi, że z chwilą zatarcia skazania uważa się je za niebyłe, a wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych. W I. natomiast, co potwierdził sam Zamawiający, dane te pozostają w kartotece i istnieje możliwość dostępu do nich.

W piśmie z 7 czerwca 2017 r. Odwołujący jednoznacznie wskazał, że „[...]ze względu na obowiązujące w Izraelu uregulowania dotyczące utrzymywania kartotek karnych, przedłożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty odnoszą się także do okresu przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu[...]”. Zamawiający nie dał wiary tym wyjaśnieniom Odwołującego, przyjmując, że informacje o skazaniach, które uległy zatarciu, co prawda pozostają w izraelskich kartotekach karnych, ale nie są powszechnie dostępne. Jest to jednak wyłącznie założenie Zamawiającego – pogląd oparty na nieujawnionych przez Zamawiającego źródłach i niepoparty żadnym dowodem. Co więcej, skoro sam Zamawiający potwierdził, że informacja pozostaje w kartotece, to muszą istnieć podmioty mające do niej dostęp. Świadczy to o wadliwości stanowiska Zamawiającego, który oparł decyzję o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania właśnie na założeniu, że nawet osoba, która była skazana prawomocnym wyrokiem sądu, po zatarciu skazania nie ma dostępu do danych na swój temat, mimo że

dane te pozostają w kartotece karnej. Założenie to jest nieracjonalne i nieprawidłowe. Niezależnie od powyższego, same założenia lub wątpliwości Zamawiającego nie mogą być podstawą do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zakres informacji ujawnianych w zaświadczeniach wydawanych przez Policję Izraela

Z treści zawiadomienia o wykluczeniu wynika, że Zamawiający nie poddał dokumentów przedłożonych przez Odwołującego wnikliwej analizie.

Z pouczenia zawartego w każdym z tych dokumentów wynika bowiem, że:

„[...]”

1. Niniejszy wydruk dotyczy wyłącznie Ciebie i przeznaczony jest wyłącznie dla Twoich oczu.
2. Do Twojej wiadomości: osoba uprawniona zgodnie z prawem do otrzymania informacji z rejestrów Policji otrzyma tę informację bezpośrednio od Policji, a nie od Ciebie.
3. Nie jesteś zobowiązany do przekazywania niniejszego wydruku lub jego części nikomu. Osoba żądająca od Ciebie tego wydruku w celu przyjęcia Cię do pracy lub podjęcia jakiegokolwiek decyzji w Twojej sprawie może popełnić wykroczenie karane więzieniem, zgodnie z par. 22 ustawy o rejestrze kryminalnym i regulaminu dla penitentów – 5741 – 1981.
4. Niniejszy wydruk zawiera dane kryminalne z rejestrów policyjnych dotyczących trzech tematów, odnośnie których jesteś uprawniony do otrzymania informacji do Twojej wiadomości:
 - Rejestr kryminalny – skazania oraz dodatkowe decyzje sądu.
 - Rejestr policyjny – postępowania i śledztwa zawieszane i w toku.
 - Rejestr policyjny – sprawy śledcze zamknięte.
5. Jeśli nie widzisz zapisu dotyczącego któregoś z powyższych tematów, oznacza to, że nie ma żadnych zapisów Ciebie dotyczących w rejestrach policji. Nie ma żadnych osobnych stwierdzeń na ten temat.
Ponadto, strony nie są numerowane, i przy końcu wydruku nie ma żadnej informacji wskazującej, że jest to koniec wydruku.
6. Jeśli otrzymałeś wyłącznie niniejszą stronę, oznacza to, że nie ma żadnych zapisów Ciebie dotyczących w powyższych rejestrach.

[...]”.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że jeżeli w danym zaświadczeniu wydanym osobie, której dane dotyczą, brak jest w ogóle danych o jakichkolwiek skazaniach lub postępowaniach dotyczących danej osoby, to oznacza to, że żaden z rejestrów nie zawiera żadnych danych na jej temat.

Ponadto, zaświadczenie wydawane jest nie tylko na podstawie danych z rejestru karnego, który obejmuje skazania i inne decyzje sądu (czyli nie tylko wyroki skazujące, ale np. uniewinniające również), ale również na podstawie rejestrów policyjnych, w którym zawarte są informacje o postępowaniach prowadzonych przeciwko danej osobie, zarówno tych w toku, jak i tych zakończonych.

Ustalenia Zamawiającego są zatem sprzeczne z jednoznaczną treścią złożonych przez Odwołującego urzędowych dokumentów. Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że zakres danych udostępnianych osobie, której dane te dotyczą może być inny, niż zakres danych „powszechnie dostępnych” lub udostępnianych innym podmiotom czy organizacjom.

Brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z Postępowania

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Odwołujący w sposób prawidłowy wykazał, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z Postępowania. Odwołujący złożył bowiem dokumenty, z których treści wynikało, że osoby wchodzące w skład organu zarządzającego Odwołującego nie są i nie były karane, w tym również według stanu na dzień 23 czerwca 2015 r. Fakt ten wynikał przy tym zarówno bezpośrednio z treści tych dokumentów, jak i z wyjaśnienia złożonego przez Odwołującego.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem, złożenie dokumentu potwierdzającego brak przesłanek do wykluczenia z postępowania, nawet jeżeli jest on wystawiony po dniu upływu terminu do złożenia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jest wystarczające, jeżeli dokument taki potwierdza, że przesłanki wykluczenia nie były spełnione na dzień upływu tego terminu. Dokumenty złożone przez Odwołującego okoliczność tę potwierdzają, a zatem nie istnieją przesłanki wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji

Działając w opisany powyżej sposób Zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu w oparciu o rzekome niespełnianie wymaganych warunków, opierając swoje stanowisko w rzeczywistości na arbitralnych założeniach, a nie na jakichkolwiek udowodnionych faktach. Należy przy tym podkreślić, że Zamawiający zwrócił

się do Odwołującego z żądaniem uzupełnienia dokumentów po prawie dwóch latach od dnia złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, zaś uzasadnieniem dla wykluczenia Odwołującego są w rzeczywistości ewentualne zdarzenia (zatarcie skazań), które mogłyby zdarzyć się pomiędzy datą złożenia wniosku, a datą wezwania Zamawiającego, który z oceną wniosków zwlekał przez bardzo długi okres.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie uzasadniając takie stanowisko w następujący sposób.

Zarzut nr 1

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium R. P. zobowiązany był złożyć dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, zgodnie z treścią Sekcji III.2.1) ust. 4 pkt 2 Ogłoszenia. Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się tych dokumentów zastępuje się dokumentem wystawionym zgodnie z zapisem Sekcji III.2.1) ust. 5 Ogłoszenia.

Odwołujący, mający siedzibę w Izraelu, wraz z wnioskiem złożył w powyższym zakresie oświadczenie Izby Handlowej w T.A..

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, w państwie Izrael wydawane są zaświadczenia o niekaralności osób przez Policję I.. Zamawiający opiera swoją wiedzę na dotychczasowej praktyce składania przez podmioty izraelskie takich zaświadczeń w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia (m. in. przez spółkę matkę Odwołującego, której dyrektywom i procedurom Odwołujący podlega). Ponadto, na stronie internetowej Policji Izraela zamieszczono informację, że Policja jest organem właściwym do wydawania zaświadczeń o niekaralności. Potwierdzeniem powyższego jest dla Zamawiającego również jego korespondencja z Ambasadą R. P. w T.A. oraz Ministerstwem Spraw Zagranicznych, a nadto orzecznictwo Izby. W rezultacie należy uznać, że zarówno powszechna praktyka przetargowa w P., jak również orzecznictwo Izby potwierdzają, że w Izraelu istnieją urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób fizycznych i nie ma jakichkolwiek przeszkód, aby uzyskać taki dokument i złożyć go na potrzeby prowadzonego w P. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalono więc bezsprzecznie, że w państwie Izrael wydawane są zaświadczenia o niekaralności przez Policję Izraela. Zauważyć należy, że

Odwołujący działający jako podmiot profesjonalny w porządku prawnym państwa I., nie zachował należytej staranności przedkładając oświadczenie Izby Handlowej w T. A..

Pismem z dnia 18 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku przez założenie zaświadczeń organu sądowego lub administracyjnego, potwierdzającego niekaralność osób wchodzących w skład organu zarządzającego Odwołującego, wskazując, że złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, tj. w dniu 23 czerwca 2015 r.

7 czerwca 2017 r. Odwołujący przedstawił zaświadczenia wydane przez Policję Izraela wystawione w dniu 28 maja 2017 r. Co ważne, z treści dokumentów nie wynika, że potwierdzają one spełnianie warunków udziału w Postępowaniu na dzień 23 czerwca 2015 r. Do uzupełnionych zaświadczeń Odwołujący załączył wyjaśnienie, z którego treści wynika, jakoby Odwołujący sam miał świadomość, że brzmienie zaświadczeń nie potwierdza braku jakiegokolwiek skazania za jakiegokolwiek przestępstwo każdego z członków zarządu Odwołującego również w przeszłości, w tym także na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Zamawiający, mając na uwadze brzmienie wyjaśnień Odwołującego, chcąc dokładnie zbadać złożone dokumenty, posiłkował się informacjami zamieszczonymi na ogólnodostępnych stronach internetowych, wskazującymi na istnienie instytucji zatarcia skazania, zwrócił się do Ambasady R. P. w T. A. oraz do Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Organ wydający dokument, tj. Policja Izraela informuje na swojej oficjalnej stronie internetowej, że każda osoba ma prawo zwrócić się do Policji o usunięcie zapisów z rejestrów karnych po spełnieniu określonych prawem warunków. Potwierdza to fakt, że w izraelskim porządku prawnym istnieje instytucja zatarcia skazania. Na stronie wskazano również, iż odpowiednie kryteria dla usunięcia zapisów z rejestrów karnych znajdują się w regulacji o zapisach karnych i regulacji powrotów nr (...). Po zatarciu skazania, informacja nadal istnieje w Rejestrze Karnym, jednak dostęp do niej ma już bardzo wąski krąg podmiotowy, bez prawa dokonywania odpisów.

Brak powszechnej dostępności i wąski krąg podmiotowy w ocenie Zamawiającego oznacza, że nawet zaświadczenie o niekaralności wydane na wniosek samego obywatela państwa Izrael na potrzeby organu innego państwa (np. Zamawiającego) zawiera jedynie informacje o wyrokach skazujących, które nie uległy zatarciu na dzień ich wydania i nie obejmują danych historycznych.

Zamawiający stwierdził, że w żadnym miejscu nie przyznał, jakoby przyjął, że skutki zatarcia skazania w prawie izraelskim są takie same, jak w prawie polskim. Zgodnie z pozyskaną wiedzą, informacje o wyrokach, które uległy zatarciu pozostają w kartotece karnej, natomiast nie są one w żaden sposób przenoszone do treści zaświadczenia wydawanego przez Policję I.. Informacje o wyrokach, które uległy zatarciu mogą zostać przekazane przez Policję w ściśle określonym zakresie dla wąskiego grona podmiotów, określonych prawem. Celem instytucji zatarcia jest wymazanie wyroku właśnie z treści zaświadczenia, które w różnych celach uzyskuje sam obywatel. Dlatego też informacja zawarta w wydanych zaświadczeniach, że „[...]jeśli nie widzisz zapisu dotyczącego któregoś z powyższych tematów, oznacza to, że nie ma żadnych zapisów Ciebie dotyczących w rejestrach policji[...]” odnosi się jedynie do wymienionych wyżej w zaświadczeniu rejestrów i nie obejmuje danych, które uległy zatarciu.

Z treści złożonych przez Odwołującego dokumentów, w żaden sposób nie wynika, że przedstawione zaświadczenia z Policji I., są dokumentami odnoszącymi się również do wyroków, które uległy zatarciu. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że zakres danych, które przedstawił w zaświadczeniach jest taki sam, jak zakres danych udostępniany podmiotom uprawnionych do uzyskania informacji o wyrokach skazujących. A nie sposób nie zgodzić się z faktem, że celem instytucji zatarcia skazania jest wymazanie informacji właśnie z dostępnych informacji uzyskiwanych w wydawanych przez policję zaświadczeniach.

Zamawiający nie mógł uznać złożonych przez Odwołującego zaświadczeń z Policji I. wystawionych na dzień późniejszy niż termin składania wniosków oraz nie potwierdzających w swojej treści spełnienia przesłanek na dzień 23 czerwca 2015 r. Umieszczenie w piśmie przewodnim stwierdzenia, że „[...]ze względu na obowiązujące w Izraelu uregulowania dotyczące utrzymywania kartotek karnych, przedłożone na wezwanie dokumenty odnoszą się także do okresu przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu[...]”, nie mogą stanowić dla Zamawiającego podstawy do uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Przyrównując sytuację Odwołującego do sytuacji hipotetycznego polskiego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający nie mógłby uznać złożonego przez polskiego wykonawcę dokumentu o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego wydanego po upływie terminu składania wniosków, przedłożonego wraz z oświadczeniem, że strona nigdy nie była karana a treść zaświadczenia była aktualna również w dniu wyznaczonym na składanie wniosków. Przepisy Pzp przewidują, że jeżeli w państwie wykonawcy właściwy organ sądowy lub administracyjny wydaje zaświadczenia

potwierdzające niekaralność, wykonawca winien złożyć takie zaświadczenie wraz z wnioskiem i to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 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, w § 4 wskazuje jakie dokumenty winien złożyć wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Tak samo jak w przypadku wykonawcy polskiego, rozporządzenie nie pozwala na zastąpienie dokumentu oświadczeniem wykonawcy, w przypadku, gdy w kraju wykonawcy odpowiedni dokument jest wydawany. Tym bardziej wydaje się niedopuszczalne modyfikowanie lub uzupełnienie treści dokumentu wydanego przez uprawniony organ oświadczeniem wykonawcy, czego próbuje dokonać Odwołujący.

Wynika z powyższego, że zawsze kiedy wykonawca dowodzi swojej niekaralności w inny sposób niż za pomocą informacji z KRK, to należy wezwać go do przedłożenia tej informacji. Natomiast jeżeli tego nie zrobi, to należy wykluczyć go z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, zasadnym było przyjęcie przez Zamawiającego, że zaświadczenia wydane przez Policję Izraela i złożone przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia nie potwierdzają faktu braku jakiegokolwiek skazania za jakiegokolwiek przestępstwo każdego z członków zarządu Odwołującego również w przeszłości, w tym także na dzień upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a jedynie na dzień ich wystawienia i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podkreślił, że podstawowy argument Odwołującego, jakim jest hipotetyczna możliwość dostępu do zapisów archiwalnych zachowanych w rejestrach, nie ma znaczenia w sprawie, ponieważ ustalono bezspornie, że jedynym dokumentem właściwym do przedłożenia jako dowód niezbędny do stwierdzenia braku istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia jest zaświadczenie wydawane przez Policję Izraela, zawierające informacje jedynie o wyrokach skazujących, które nie uległy zatarciu, a nie dowolna forma wyciągu bądź kopii z rejestru.

Zarzut nr 2

Zamawiający stwierdził, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu, kierował się zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowaniem uczciwej konkurencji i tym samym nie mógł naruszyć art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu w sposób rzetelny, przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stosował jednolite zasady przy kwalifikacji dostaw w ramach dokonywanej klasyfikacji Wykonawców.

Bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest znaczny upływ czasu pomiędzy datą wyznaczoną na złożenie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu a wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie karalności. Rozstrzygane zagadnienie nie zmieniłoby się nawet w przypadku wezwania Odwołującego do uzupełnienia zaświadczeń we wcześniejszym terminie, bowiem Odwołujący prawdopodobnie złożyłby zaświadczenia wystawione przez Policję Izraela potwierdzające fakt niekaralności z późniejszą datą niż dzień składania wniosków.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Konsula RP z 11 sierpnia 2017 r.,
2. pisma Ambasadora RP z 13 czerwca 2017 r.,
3. wiadomości poczty elektronicznej z 18 lipca 2017 r.,
4. wiadomości poczty elektronicznej z 18 lipca 2017 r.,
5. wydruku z informacji zawartych na stronie internetowej Policji Izraela wraz z tłumaczeniem na język polski,
6. wydruków artykułów prasowych z 25 marca 2008 r. i 26 lutego 2010 r. wraz z tłumaczeniem na język polski,

na okoliczność prawidłowości ustaleń Zamawiającego przyjętych za podstawę decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca E. S.A. z siedzibą we W.. Izba, wobec spełniania przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały zaprezentowane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści pisma Policji Izraela z 3 sierpnia 2017 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski) – na okoliczność braku podstaw do wykluczenia z Postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści pisma Zamawiającego z 18 maja 2017 r. (wezwanie do złożenia zaświadczeń o niekaralności), pisma Odwołującego z 7 czerwca 2017 r. wraz z załącznikami (odpowiedź na ww. wezwanie z zaświadczeniami i wyjaśnieniem ich treści), zawiadomienia Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania, załączników do odwołania i zaświadczenia przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie uznając, że stan faktyczny nie jest przedmiotem sporu.

W powyższych okolicznościach skład orzekający Izby uznał, że odwołanie należało uwzględnić.

Poza sporem była okoliczność, że w przypadku Odwołującego organem wydającym zaświadczenia o niekaralności jest Policja I.. Bezsprzecznie w izraelskim porządku prawnym, podobnie jak w P., funkcjonuje instytucja zatarcia skazania, z tą różnicą – jak zgodnie argumentowały strony postępowania odwoławczego – że informacje o skazaniach zatartych nie są usuwane z i. odpowiednika rejestru karnego, a dostęp do nich ma ograniczony krąg osób bez prawa dokonywania odpisów z takich informacji.

W konsekwencji rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy treść przedstawionych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego zaświadczeń o niekaralności wydanych dla członków organu zarządzającego odwołującej się spółki jest wystarczająca do stwierdzenia braku ich karalności, a tym samym – braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp?

Na tak postawione pytanie Izba postanowiła udzielić odpowiedzi twierdzącej z następujących przyczyn.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty składane przez podmiot zagraniczny, ze względu na możliwe różnice w sposobie uregulowania poszczególnych instytucji prawnych, mogą się różnić od dokumentów wystawianych w P.. Obowiązkiem zamawiającego jest ocena dokumentów składanych przez podmiot zagraniczny z uwzględnieniem wspomnianych ewentualnych odmienności, a w razie

wątpliwości – umożliwienie takiemu wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści przedstawianych dokumentów.

W ocenie Izby u podstaw błędu Zamawiającego legło nieuzasadnione przekonanie, jakoby – po pierwsze – z faktu braku powszechnej dostępności do informacji o zatartych skazaniach wynikało, że informacje o nich nie były odzwierciedlane w treści wydawanych zaświadczeń, a po drugie – że wspomniana informacja jest uzewnętrzniana przez zamieszczenie w treści zaświadczenia odpowiedniej klauzuli stwierdzającej brak okoliczności negatywnej (tu – zatartego skazania), podobnie, jak to w odniesieniu do niekaralności, ma miejsce w przypadku zaświadczenia wydawanego z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”). Skład orzekając stwierdził jednak, że na poparcie tej argumentacji Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów. Załączone do odwołania dokumenty i wydruki dotyczyły okoliczności, które zasadniczo albo nie dotyczyły istoty sporu (procedury zatarcia skazania, długości okresów czasu, po których skazanie ulega zatarciu), albo nie były sporne (istnienie instytucji zatarcia skazania, pozostawanie wpisów o skazaniach, które uległy zatarciu w rejestrze). Jedynym wnioskiem przydatnym do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, jaki można wyciągnąć z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego było stwierdzenie o różnicach pomiędzy polskim a izraelskim porządkiem prawnym, który Zamawiający jednak zignorował. Usiłował bowiem przenieść obowiązujący w P. sposób potwierdzania niekaralności na grunt regulacji obowiązujących w I., o czym świadczy zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja o aktualności zaświadczenia z KRK i przywołane na jej poparcie orzecznictwo Izby.

Rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania skład orzekający oparł się na przedstawionym przez Odwołującego piśmie Policji I. z 3 sierpnia 2017 r., jako że dokument ten pochodził od organu, do którego kompetencji – jak wspomniano – należy wydawanie zaświadczeń o niekaralności. *Clou* problemu zawiera się w pkt 3 pisma, stanowiącym – wbrew odmiennym poglądom Zamawiającego – podsumowanie sytuacji prawnej konkretnych osób (wymienionych w nim członków organu zarządzającego odwołującego się wykonawcy), wyrażające się stwierdzeniem, że nawet gdyby wystąpili oni o wydanie zaświadczeń w dacie sporządzenia tego pisma, to otrzymane przez nich dokumenty, podobnie jak zaświadczenia przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stanowiłyby potwierdzenie, że nie byli oni karani również w 2015 r. Wydaje się zresztą, że Zamawiający miał świadomość zaniechania wyjaśnienia z Odwołującym tej kwestii, o czym świadczy zawarte w protokole rozprawy twierdzenie, zgodnie z którym „[...]gdyby informacja w nim (pkt 3 pisma Policji I. – przyp. Izby) zawarta

znalazła się w uzupełnianych dokumentach w formie wyjaśnienia Odwołującego to kwestia ta zostałaby wyjaśniona w sposób pełniejszy niż miało to miejsce[...]” (protokół, str. 5).

Z kolei przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja wspomnianego pkt 3 pisma Policji Izraela, zgodnie z którą możliwe było uzyskanie przez Odwołującego (bądź osoby, których dane dotyczą) zaświadczeń o niekaralności, które w swej treści stwierdzałyby wprost stan istniejący w dacie poprzedzającej jego wydanie nie mogła się ostać. Należy bowiem zauważyć, że – po pierwsze – wniosek taki jest sprzeczny z pkt 2a pisma ww. pisma, w którym *expressis verbis* stwierdzono brak możliwości wydania zaświadczeń retrospektywnych. Po drugie – argumentacja ta podważa zawarte w odpowiedzi na odwołanie twierdzenie, jakoby nawet zaświadczenia wydawane na wniosek obywateli Izraela nie obejmowały danych historycznych (odpowiedź na odwołanie, str. 5).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 131e ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w konsekwencji czego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Jedynie na marginesie skład orzekający wyjaśnia, że na obecnym etapie Postępowania Zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, jako że nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia.

Izba nie uwzględniła również żądania zawartego w pkt II.1.b *petitum* odwołania, w którym Odwołujący domagał się uznania, że wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Czynność ta, jako immanentnie związana z oceną całego wniosku, jest domeną Zamawiającego. Rolą Izby jest natomiast ocena prawidłowości konkretnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tu – ocena zasadności wykluczenia Odwołującego z Postępowania z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu tej decyzji). Tym samym Izba, orzekając w granicach podniesionych zarzutów (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie weryfikuje całej sytuacji danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania (pkt 2 i 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: