

**sygn. akt: KIO 1880/13**

**WYROK**

**z dnia 22 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Alstom Power Sp. z o. o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Alstom Renewable Spain SL Calle Roc Boronat 78, 08005 Barcelona, Hiszpania,** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Energia Odnawialna S.A., 00-876 Warszawa, ul. Ogrodowa 59 a,**

przy udziale wykonawcy: **Siemens Sp. z o. o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Alstom Power Sp. z o. o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Alstom Renewable Spain SL Calle Roc Boronat 78, 08005 Barcelona, Hiszpania,** ponowne badanie i ocenę wniosków z uwzględnieniem wniosku złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Alstom Power Sp. z**

o. o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Alstom Renewable Spain SL Calle Roc Boronat 78, 08005 Barcelona, Hiszpania,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **PGE Energia Odnawialna S.A., 00-876 Warszawa, ul. Ogrodowa 59 a, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Alstom Power Sp. z o. o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Alstom Renewable Spain SL Calle Roc Boronat 78, 08005 Barcelona, Hiszpania,** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **PGE Energia Odnawialna S.A., 00-876 Warszawa, ul. Ogrodowa 59 a** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: **Alstom Power Sp. z o. o., 00-124 Warszawa, Al. Jana Pawła II 12 oraz Alstom Renewable Spain SL Calle Roc Boronat 78, 08005 Barcelona, Hiszpania,** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) 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

Zamawiający PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa montaż i uruchomienie turbin wiatrowych o łącznej mocy 90 MW dla projektu Lotnisko.

W dniu 25 lipca 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując m.in., iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907) [dalej także, jako „Pzp”], wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm w składzie: Alstom Power Sp. z o. o. oraz Alstom Renewable Spain SL [dalej także, jako „Konsorcjum Alstom”].

Od powyższej czynności w dniu 2 sierpnia 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca, Konsorcjum Alstom zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt. 9 Pzp oraz w zw. z § 2 ust. 1 pkt. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mogą żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) [dalej także, jako ”rozporządzenie ws. dokumentów], poprzez ich błędną wykładnię a w konsekwencji bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na uznanie, że przedłożony dokument – zaświadczenie o niekaralności podmiotu zbiorowego – ALSTOM Renewable Spain SL opatrzony datą 26 kwietnia 2013 r. nie potwierdza niekaralności tego podmiotu na dzień składania wniosków, podczas gdy zgodnie z przepisami regulującymi funkcjonowanie rejestru karnego w Hiszpanii zaświadczenie takie potwierdza również, że wykonawcę tego cechował przymiot niekaralności w dniu 21 marca 2013 roku (tj. w dniu, w którym upływał termin składania wniosków);
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z § 4 ust. 4 rozporządzenia ws. dokumentów poprzez ich niezastosowanie, albowiem zamawiający nie zachował w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji bezprawnie uniemożliwiając udział odwołującego w postępowaniu z powodu przedłożenia rzekomo niewłaściwego dokumentu – zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego – podczas gdy, w przypadku

wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający powinien zwrócić się do organu, który wydał w/w dokument z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących treści tego dokumentu, czego jednak zaniechał;

- 3) art. 51 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do odwołującego, zamawiający bowiem nie zaprosił odwołującego do złożenia oferty, pomimo, że odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny wniosków złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji
- 3) dopuszczenia odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu i zaproszenia odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że zamawiający bezzasadnie wykluczył go z postępowania. W ocenie odwołującego zamawiający błędnie przyjął, że zaświadczenie wystawione dla Alstom Renewable Spain SL (członka Konsorcjum Alstom), co do braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, złożone w uzupełnieniu potwierdza jedynie stan na dzień jego wydania – tj. na dzień 26 kwietnia 2013 r. Odwołujący wskazał, iż zamawiający niesłusznie uznał, że przedłożony w odpowiedzi na wezwanie dokument nie spełnia wymogu aktualności, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia ws. dokumentów. Odwołujący podnosił, iż formalna data wystawienia zaświadczenia jest bez znaczenia przy ocenie dokumentu, gdyż kluczowa jest jego treść oraz możliwy do ustalenia na jej podstawie stan faktyczny – tj. czy w określonym momencie (dzień składania wniosku) wobec podmiotu orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie czy też nie. Również żaden przepis ustawy Pzp czy też rozporządzenia ws. dokumentów nie nakazuje, aby dokument składany w uzupełnieniu posiadał określoną datę. Zdaniem odwołującego celem normy wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp jest uniemożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu przez podmiot, wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. A contrario, jeżeli wobec podmiotu zbiorowego obiektywnie rzecz biorąc nie orzeczono wspomnianego zakazu, zamawiający zobligowany jest umożliwić mu udział w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, iż ani przepisy Pzp ani rozporządzenia ws. dokumentów nie dają podstawy do uznania, że późniejsza (niż data składania wniosków) data wystawienia uzupełnianego zaświadczenia uniemożliwia całkowicie uznanie, że podmiot, którego zaświadczenie dotyczy nie był karany również w okresie wcześniejszym. Odwołujący podkreślał, że czym innym jest data wystawienia dokumentu potwierdzającego niekaralność, a czym innym faktyczny stan,

w którym wobec podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dążył do realnego zbadania i ustalenia czy niezależnie od daty wystawienia przedłożonego zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych na spółkę Alstom Renewable Spain SL nałożono zakaz ubiegania się o zamówienie. Odwołujący wskazywał również, na różnice pomiędzy systemem prawnym Hiszpanii gdzie ma siedzibę członek konsorcjum Alstom a systemem prawnym Rzeczypospolitej Polskiej. Podnosił, iż hiszpańskie prawo karne nie przewidywało odpowiedzialności karnej osób prawnych przed dniem 23 grudnia 2010 r., kiedy to weszła w życie Ustawa Organiczna 5/2010 wprowadzająca odpowiedzialność karną osób prawnych. W hiszpańskich przepisach karnych przewidziany jest zamknięty katalog przestępstw, za które odpowiedzialność może ponosić osoba prawna. Istotne jest, że wszystkie te przestępstwa zagrożone są karą ciężką, a okres zatarcia skazania wynosi dla takich kar 5 lat licząc od dnia odbycia kary. Tym samym skazania, jakich doszłoby tuż po dacie 23 grudnia 2010 r. nie mają szansy na wykreślenie z rejestru przed końcem 2015 r. Zaświadczenia o niekaralności wydawane do tej daty będą jednocześnie potwierdzały fakt niekaralności bądź skazania w całym okresie, począwszy od grudnia 2010 roku. Powyższe w ocenie odwołującego wskazuje, że przedłożone przez niego zaświadczenie o niekaralności osoby prawnej z hiszpańskiego rejestru skazanych z datą 26 kwietnia 2013 r. potwierdza jednocześnie, że stan niekaralności podmiotu ciągle istnieje i nie zmienił się od dnia 23 grudnia 2010 roku. Tym samym również w dniu 21 marca 2013 r., w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stan niekaralności członka konsorcjum Alstom istniał. Z uwagi na fakt, że obecnie w hiszpańskim systemie prawnym żadne zatarcie skazania podmiotu zbiorowego nie może mieć miejsca bowiem system odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych istnieje zbyt krótko, wykluczyć należy jakąkolwiek możliwość zmiany statusu podmiotu zbiorowego w rozumieniu opisywanych przepisów.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa montaż i uruchomienie turbin wiatrowych o łącznej mocy 90 MW dla projektu Lotnisko.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2013 r., pod numerem 2013/S 020-031633.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, sekcja III, pkt 2.1., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie braku zajęcia okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia, wymienionych w powyższym przepisie

wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków (ppkt 4 pkt 2.1. sekcja III ogłoszenia o zamówieniu). Zgodnie z postanowieniami ppkt 6 pkt. 2.1. sekcja III, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów w pkt 2, 4, 5 a) i b), składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległości płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków,
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Ostatecznie termin składania wniosków zamawiający wyznaczył na dzień 21 marca 2013 r.

W wyznaczonym terminie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Vestas Poland Sp. z o. o.,
- 2) Siemens Sp. z o. o.,
- 3) Konsorcjum Alstom,
- 4) Acciona Windpower S.A.

Izba ustaliła ponadto, iż do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Alstom załączyło oświadczenie członka konsorcjum – Alstom Renewable Spain S.L., złożone przed notariuszem, iż podmiot ten nie jest objęty zakazem ubiegania się o zamówienie publiczne i tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w myśl art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy, Konsorcjum Alstom o uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o stosowne zaświadczenie/dokument wydane przez Centralny Rejestr Skazanych, potwierdzający, że wobec spółki Alstom Renewable Spain S.L. [członka konsorcjum Alstom] nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na wezwanie, w wyznaczonym terminie wykonawca, Konsorcjum Alstom przedłożył zaświadczenie z Centralnego Rejestru Skazanych wystawione dla Alstom Renewable Spain S.L. Zaświadczenie wydane zostało w dniu 26 kwietnia 2013 r. Z treści

oświadczenia wynika, iż osoba wystawiająca „(...) zaświadcza: po sprawdzeniu Bazy Danych Centralnego Rejestru Skazanych, że w dniu dzisiejszym, w ww. rejestrze nie figuruje: Alstom Renewable Spain S.L.U, (...) Niniejsze zaświadczenie uwzględnia sytuację osoby zainteresowanej w dniu wystawienia i dotyczy wyłącznie okoliczności związanych z rozpatrzeniem oferty przez przedsiębiorstwo publiczne w Polsce.” Wykonawca przedłożył również zaświadczenie wystawione dla podmiotów w wyniku połączenia, których utworzony został podmiot Alstom Renewable Spain S.L.

Dodatkowo wykonawca Konsorcjum Altom złożył wyjaśnienia wskazując, iż sam fakt że data wydania załączonych zaświadczeń jest późniejsza niż upływ terminu składania wniosków nie dyskwalifikuje tych zaświadczeń i nie ma wpływu na ocenę, czy wobec wykonawcy Alstom Renewable Spain S.L., zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Istotna jest treść zaświadczeń, a tę należy interpretować w kontekście przepisów prawa obowiązujących w państwie, w którym je wydano. Wykonawca wyjaśniał, iż odpowiedzialność karna osób prawnych mających siedzibę w Hiszpanii została wprowadzona w wyniku uchwalenia Ustawy Organicznej 5/2010 z dnia 22 czerwca 2010 r., która weszła w życie w dniu 23 grudnia 2010 r. Przed tą datą przepisy hiszpańskiego prawa karnego nie przewidywały takiej odpowiedzialności. Tym samym osoby prawne mogą być karane w Hiszpanii jedynie za przestępstwa popełnione po dniu 23 grudnia 2010 r. Odwołujący wskazał, również, iż zgodnie z hiszpańskim kodeksem karnym, minimalny termin po upływie którego możliwe jest zatarcie skazania i wykreślenie stosownego wpisu z rejestru skazanych w przypadku przestępstw popełnionych przez osoby prawne wynosi 5 lat od odbycia kary i naprawienia szkód związanych z popełnionym przestępstwem. Tym samym odwołujący stwierdził, iż skazania, do jakich doszło po 23 grudnia 2010 r., nie mają szansy na wykreślenie z rejestru przed końcem 2015 r. Wobec powyższego gdyby w jakiegokolwiek dacie przypadającej w tym okresie (tj. przed końcem 2015 r.) uzyskano zaświadczenie, iż określona osoba prawna nie figuruje w rejestrze skazanych, to tym samym oznaczałoby to, że ta osoba prawna nigdy wcześniej (przed wydaniem takiego zaświadczenia) nie podlegała jakiegokolwiek odpowiedzialności karnej. Wobec powyższego, gdyby teoretycznie którakolwiek z ww. spółek ALSTOM była kiedykolwiek skazana za przestępstwo na podstawie ww. Ustawy Organicznej, to wówczas figurowałaby w rejestrze skazanych, a odpowiednia wzmianka dotycząca tej okoliczności musiałaby być bezwarunkowo ujawniona w treści zaświadczenia wydanego w dniu 26 kwietnia 2013 r. Tym samym zaświadczenia wystawione w dniu 26 kwietnia 2013 r. dla ww. spółek ALSTOM potwierdzają, że spółki te nie figurowały w Centralnym Rejestrze Osób Skazanych w całym okresie od dnia 23 grudnia 2010 r. do dnia 26 kwietnia 2013 r., a więc również w dniu 21 marca 2013 r., w którym upływał termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie

prezentowanego w wyjaśnieniach stanowiska Konsorcjum Alstom złożyło opinię prawną z dnia 29 maja 2010 r., sporządzoną przez kancelarię prawną z Hiszpanii

W dniu 25 lipca 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując m.in., iż działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczył z postępowania wykonawcę Konsorcjum Alstom.

Czynność wykluczenia wykonawcy, Konsorcjum Alstom leży u podstaw przedmiotowego odwołania.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 6 sierpnia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie zaproszony do składania ofert i będzie miał możliwość uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba podzieliła stanowisko odwołującego uznając, iż nie zaistniały podstawy do jego wykluczenia z przedmiotowego postępowania. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Zatem wykonawca zobowiązany będzie do wykazania, że sąd nie orzekł wobec niego w/w zakazu. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mogą żądać zamawiający do wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817 ze zm.), [dalej także, jako „rozporządzenie ws. dokumentów”], obowiązującego na moment



wszczęcia przedmiotowego postępowania o zamówienie i mającego zastosowanie w niniejszej sprawie, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c wspomnianego rozporządzenia ws. dokumentów zamiast w/w dokumentów, składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

O ile w polskim systemie prawnym stwierdzenie przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp opierać się będzie wyłącznie na ustaleniu czy wobec podmiotu zbiorowego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 768 ze zm.) wprost na podstawie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego [dalej także, jako „KRK”], tak przy udziale podmiotu mającego siedzibę poza terytorium RP ustalenie istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy będzie musiało się odbyć z uwzględnieniem porządku prawnego obowiązującego w miejscu wystawienia dokumentu. W ocenie Izby, nie sposób bezrefleksyjnie postawić znaku równości pomiędzy zaświadczeniem z KRK, a zaświadczeniem wystawionym w państwie obcym bez odniesienia się do systemu prawnego, w jakim zaświadczenie to zostało wydane. Nie sposób zaprzeczyć, iż zaświadczenie wystawione w obcym systemie prawnym nie będzie zaświadczać tylko w takim zakresie, jak zaświadczenie z KRK, gdyż należy uwzględnić różnice porządków prawnych poszczególnych państw. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, należy wskazać, iż analiza systemu prawnego, w którym przedłożone przez odwołującego zaświadczenie zostało wystawione, a taka w ocenie Izby jest niezbędna w przypadku dokumentów wystawionych dla podmiotów zagranicznych, prowadzi do wniosku, iż z zaświadczenia wystawionego w dniu 26 kwietnia 2013 r., wynika, że również w dniu 21 marca 2013 r., podmiot będący członkiem konsorcjum Alstom nie figurował w rejestrze podmiotów skazanych – tym samym nie istniały podstawy do wykluczenia konsorcjum Alstom z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. Przyjęcie takiego rozumowania nie przeczy zasadzie wyrażonej w art. 26 ust. 2a Pzp. zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z

powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1, gdyż z zaświadczenia przedłożonego przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, z uwzględnieniem złożonych wraz z zaświadczeniem dokumentów wynikało, że na dzień, w którym upływał termin składania wniosków, nie istniały podstawy do wykluczenia konsorcjum Alstom z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Oczywistym jest, iż porządki prawne poszczególnych państw w mniejszym lub większym stopniu różnią się, co w ocenie Izby powoduje konieczność badania dokumentów przedłożonych przez podmioty mające siedzibę poza granicami RP z uwzględnieniem regulacji obowiązujących w państwie wystawienia danego dokumentu. Zatem skoro w Królestwie Hiszpanii podmioty zbiorowe mogą ponosić odpowiedzialność karną na podstawie przepisów, które weszły w życie z dniem 23 grudnia 2010 r., a zatarcie skazania na podstawie tych przepisów nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 5 lat od skazania z treści zaświadczenia wystawionego w dniu 26 kwietnia 2013 r., w którym stwierdzono, że Alstom Renewable Spain S.L. [członek konsorcjum Alstom], nie figuruje w rejestrze skazanych wynikało również, iż w dniu 21 marca 2013 r., podmiot ten w rejestrze tym nie figurował. Do wniosku takiego zamawiający mógł dojść na podstawie dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie. W ocenie Izby zamawiający opierając się wyłącznie na treści samego zaświadczenia i decydując się na wykluczenie konsorcjum Alstom z postępowania, nie uwzględnił reżimu prawnego, w jakim przedłożone zaświadczenie zostało wystawione, a co zdaniem Izby należało wziąć pod uwagę przy ustaleniu czy istnieją podstawy do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp. W ocenie Izby w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący wykazał brak podstaw do wykluczenia na dzień składania wniosków. Dojście do odmiennej konkluzji musiałoby prowadzić do stwierdzenia, że wobec członka konsorcjum Alstom orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie. Wniosek taki byłby sprzeczny ze stanem faktycznym wykazany przez odwołującego, a wynikającym z dokumentów przedłożonych na wezwanie zamawiającego.

Izba wskazuje, że choć postępowanie o zamówienie publiczne ma charakter pisemny i wysoce formalistyczny, dlatego wykonawcy biorący w nim udział winni dolożyć należytej staranności w rzetelnym przygotowaniu ofert i spełnieniu wszelkich wymagań, w taki sposób, aby nie narazić się na konsekwencje w postaci wykluczenia czy odrzucenia ich oferty to nie zmienia to faktu że wykluczenie wykonawcy czy odrzucenie jego oferty będzie mogło nastąpić wyłącznie w sytuacji, kiedy określone przepisami okoliczności zaistnieją. Oczywiście to wykonawca zobowiązany jest do wykazania zamawiającemu, iż w stosunku do niego nie zachodzą okoliczności, warunkujące jego niedopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ocenie Izby mając na względzie powyższe odwołujący uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązku wykazania, iż nie istnieją podstawy do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

Tym samym za zasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 Pzp gdyż w wyniku niezasadnego wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania, zamawiający nie zaprosił do złożenia oferty wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z § 4 ust. 4 rozporządzenia ws. dokumentów. Zgodnie z § 4 ust. 4 wspomnianego rozporządzenia w przypadku wątpliwości, co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu. Po pierwsze należy stwierdzić, iż ustawodawca nie nałożył w powyższym zakresie żadnego obowiązku, a jest to wyłącznie uprawnienie zamawiającego. Po drugie z wnioskiem o udzielenie informacji do odpowiednich organów zamawiający mógłby zwrócić się w przypadku wątpliwości, co do treści złożonego dokumentu. Skoro zatem zamawiający nie miał żadnych wątpliwości trudno uznać, że dopuścił się naruszenia dyspozycji § 4 ust. 4 w/w rozporządzenia ws. dokumentów.

Reasumując, Izba mając na względzie dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp uznała przedmiotowe odwołanie za zasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:** .....