

**Sygn. akt: KIO 2362/12**

**WYROK**

**z dnia 14 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., ul. Płocka 5a, 01-231 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków,

przy udziale Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do zawarcia umowy ramowej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., ul. Płocka 5a, 01-231 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków na rzecz Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., ul. Płocka 5a, 01-231 Warszawa 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 pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Sąd Apelacyjny w Krakowie w imieniu którego działa Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „na dostawę oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na użytkowanie na potrzeby jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego – na podstawie umowy ramowej”.

Pismem z dnia 19 października 2012 r., zamawiający poinformował, wykonawców, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2012 r., (sygn. akt KIO1946/12), dokonał powtórnego badania i oceny ofert i w wyniku tej oceny odrzucił ofertę wykonawcy Wydawnictwa LexisNexis Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie a także, iż zamierza zawrzeć umowę ramową z następującymi wykonawcami:

- 1) Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie.

Wobec powyższych czynności zamawiającego w dniu 29 października 2012 r., odwołanie złożył wykonawca Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 99 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także jako „Pzp] oraz:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie. Poprzez wspomniane zaniechanie naruszono także art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 i § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane [dalej także, jako „rozporządzenie ws. dokumentów”];
- 2) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności w postępowaniu będących konsekwencją uwzględnienia odwołania w sposób sprzeczny z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 3) art. 8 ustawy Pzp, w związku z art. 87 ust. 1 tej ustawy poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa części oferty, która zgodnie z w/w przepisami i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej tajemnicy nie stanowi;

- 4) art. 100 ust. 3 pkt 2 poprzez zaproszenie do zawarcia umowy ramowej wykonawców, którzy złożyli oferty podlegające odrzuceniu lub takie, które powinny być traktowane jak odrzucone zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności badania i oceny oferty złożonej przez Wydawnictwo C.H. Beck Sp. o. o.,
- 2) Unieważnienie czynności wyboru wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa oraz zaproszenia Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o. o. do zawarcia tej umowy,
- 3) Dokonania powtórnego badania i oceny ofert i wykluczenia z postępowania Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o. o., który nie uzupełnił prawidłowo dokumentów na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zamawiający uwzględniając uprzednie odwołanie zobowiązał się do powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem podniesionym w odwołaniu i zobowiązany był do dokonania czynności w taki sposób, który uczynić zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu. Odwołujący stwierdził, iż żądał wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu potwierdzającego niekaralność członka zarządu wykonawcy C.H. Beck Sp. z o. o., wskazując na fakt, że w kraju zamieszkania tej osoby dokument taki się wydaje i nie może być on zastąpiony przez oświadczenie złożone przed notariuszem lub innym organem. Natomiast uzupełnienie dokonane przez wykonawcę C.H. Beck Sp. z o. o. nie jest uzupełnieniem dokumentu, który winien być żądany przez zamawiającego a wykonawca ten winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zgodnie z żądaniem odwołującego. W zakresie złożonego przez wykonawcę C.H. Beck Sp. z o. o. oświadczenia o karalności członka zarządu odwołujący podnosił, iż „(...) W prawie niemieckim uznano, że niekaralność w zakresie wymaganym przez dyrektywę potwierdza wobec osób mieszkających w Niemczech zaświadczenie z rejestru karnego, nie zaś oświadczenie składane przed notariuszem. Tak stanowi w art. 7 pkt 6 EC ustawy o zamówieniach na usługi i dostawy z 20 października 2009 r. (VOL/A) wskazując, że jako dowód niekaralności przedstawia się wyciąg z Federalnego Rejestru Karnego lub inny dokument wydany przez władze sądowe lub administracyjne. Nie ma zaś możliwości akceptacji oświadczenia złożonego przed notariuszem.”. Odwołujący podnosił, iż przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazują wyraźnie, iż podmiot w pierwszej kolejności obowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego, zatem ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w danym państwie. Dodatkowo odwołujący podkreślał, że oświadczenie złożone przed notariuszem jest nieprawidłowe, gdyż członek zarządu

wykonawcy C.H. Beck Sp. z o. o. mający miejsce zamieszkania w Niemczech nie mógł być tam karany za naruszenie polskich przepisów, a to właśnie potwierdza złożone oświadczenie. Brak jest natomiast w ocenie odwołującego potwierdzenia czy osoba ta była karana za naruszenie niemieckich przepisów, których naruszenie eliminuje z ubiegania się o zamówienie publiczne. W dalszej kolejności odwołujący wskazywał również, iż zamawiający zaniechał działań zmierzających do wyjaśnienia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy C.H. Beck Sp. z o. o.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Sąd Apelacyjny w Krakowie w imieniu którego działa Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem postępowania jest dostawa oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na użytkowanie na potrzeby jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego – na podstawie umowy ramowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2012 r., pod numerem 2012/S 127-210481.

Zgodnie z treścią SIWZ, Rozdział V pkt 1 ppkt 5 zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 żądał przedłożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z postanowieniem Rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, zamawiający w przypadku wykonawców zagranicznych wymagał przedłożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. W pkt 3 rozdziału VI SIWZ zamawiający przytoczył dyspozycję § 2 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie,
- 2) LexisNexis Polska Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie,
- 3) Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 7 września 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o dokonanej ocenie ofert, jak też, iż zawrze umowę ramową z w/w wykonawcami.

Wobec takich działań zamawiającego w dniu 13 września 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., zarzucając

zamawiającemu m.in. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LexisNexis Polska Sp. z o. o. z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ, jak też zaniechanie wezwania wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla członka zarządu, wydanego zgodnie z prawem kraju, w którym osoba ta zamieszkuje, tj. zgodnie z prawem niemieckim. Odwołujący wnosił wówczas o unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych przez Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. oraz LexisNexis Polska Sp. z o.o., jak też dokonania powtórnego badania i oceny w/w ofert i odrzucenia oferty LexisNexis Polska Sp. z o.o., oraz wykluczenia z postępowania Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o. o.

Pismem z dnia 24 września 2012 r., zamawiający poinformował o uwzględnieniu zarzutów w całości. Wobec uwzględnienia odwołania sprzeciw złożył wykonawca LexisNexis Polska Sp. z o.o., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca, Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., który również przystąpił do postępowania odwoławczego sprzeciwu nie złożył.

Wyrokiem z dnia 25 września 2012 r., (sygn. akt KIO 1946/12) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w sposób wskazany w uzasadnieniu.

Pismem z dnia 10 października 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż w związku z odpowiedzią na odwołanie z dnia 24 września 2012 r., unieważnia on czynność zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 7 września 2012 r., oraz unieważnia czynność badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców: LexisNexis Polska Sp. z o. o. i Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o.

Pismem z dnia 10 października 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. m.in., o uzupełnienie dokumentów określonych w Rozdziale V ust. 1 pkt 5 SIWZ w związku z § 2 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów. W uzasadnieniu zamawiający podniósł, iż wykonawca do oferty dołączył wyciąg z Krajowego Rejestru Karnego dotyczący Pana H..... D..... F..... B....., mimo iż wskazanym przez niego miejscem zamieszkania jest Monachium. W związku z tym wykonawca zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów powinien był przedstawić zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, dotyczące jego niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10 października 20102 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o. o. o weryfikację zastrzeżonej w jego ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzez wykazanie, iż zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwania pismem z dnia 11 października 2012 r., wykonawca Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., przekazał oświadczenie członka zarządu złożone przed notariuszem, że nie został on skazany za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Wykonawca powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśniał także, iż zakres informacyjny zaświadczenia z niemieckiego odpowiednika KRK nie obejmuje wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp dlatego też za prawidłowe należy uznać złożenie oświadczenia przed notariuszem. Dodatkowo wykonawca Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. zwrócił uwagę, iż przedłożone oświadczenie jednoznacznie potwierdza brak istnienia przesłanek do wykluczenia z udziału w postępowaniu w dacie sprzed składania ofert. W zakresie złożenia wyjaśnień co do tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca stwierdził, iż „(...) informacje te posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnienie godziłoby w politykę firmy w zakresie ujawniania informacji na temat kontraktów zawieranych przez Wydawnictwo z podmiotami z sektora niepublicznego (spółka z branży doradczej). Informacja taka zmniejszyłaby możliwości w zakresie negocjacji na rynku niepublicznym cen za oferowane oprogramowanie. (...) dostęp do informacji zawartych w przedmiotowych dokumentach (wykaz i referencja) został po naszej stronie ograniczony wyłącznie do osób przygotowujących ofertę, a osoby wskazane w wykazie osób zgodnie z polityką firmy zobowiązane są do zachowania w poufności informacji na temat opisanej w wykazie umowy (klauzule poufności).”.

Pismem z dnia 19 października 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2012 r., (sygn. akt KIO 1946/12), dokonał powtórnego badania i oceny ofert i w wyniku oceny odrzucił ofertę wykonawcy Wydawnictwa LexisNexis Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, a także, iż zamierza zawrzeć umowę ramową z następującymi wykonawcami Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Czynność zaproszenia do zawarcia umowy ramowej wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 26 października 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto w dniu 13 listopada 2012 r., przystępujący, Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, złożył wniosek o otwarcie na nowo rozprawy. Rozpatrując powyższy wniosek Izba uznała, go za

niezasadny. W ocenie Izby przywoływane przez przystępującego okoliczności nie są istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Przystępującego, złożone przez niego wyjaśnienia, oświadczenia, 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 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania będzie on jedynym wykonawcą, z którym powinna zostać zawarta umowa ramowa.

W zakresie zaniechania wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (...), z tym, że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób. O ile bezspornym jest, iż urzędujący członek zarządu przystępującego ma miejsce zamieszkania w Niemczech to do rozstrzygnięcia pozostaje czy na terenie Niemiec wydaje się zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego potwierdzające niekaralność osób. Na tak postawione pytanie, w ocenie Izby, należy odpowiedzieć pozytywnie. Zgodnie z § 1 niemieckiej ustawy o rejestrze centralnym i rejestrze dla nieletnich z 18 marca 1971 r. na



terenie Niemiec prowadzony jest centralny rejestr karny oraz rejestr dla nieletnich. Rejestr ten prowadzony jest przez Federalny Urząd Wymiaru Sprawiedliwości. Zgodnie z § 3 w/w ustawy do rejestru wpisuje się:

1. skazania karnoprawne (§§ 4 do 8),
2. decyzje i orzeczenia organów administracji i sądów (§ 10),
3. wzmianki odnośnie do niepoczytalności (§ 11),
4. sądowe ustalenia zgodnie z § 17 Abs. 2, § 18,
5. następcze orzeczenia i fakty, które odnoszą się do jednego z wpisów wymienionych pod nr 1 do 4 (§§ 12 bis 16, § 17 Abs. 1).

Dodatkowo zgodnie z § 30 ust. 1 tejże ustawy każdej osobie, która ukończyła 14 rok życia, zostaje na wniosek wydane zaświadczenie o dotyczącej jej treści rejestru. Fakt, iż na terenie Niemiec odpowiedni organ wydaje zaświadczenie potwierdzające niekaralność osób pośrednio potwierdza również regulacje zawarte w ustawie o udzielaniu zamówień i umowach na usługi, część A z dnia 20 listopada 2009 r. Zgodnie z § 7 ust. 6 w/w ustawy, jako dowód, że wiedza, stosownie do § 6 ust. 4, jest nieprawdziwa [wiedza na temat karalności] i nie zachodzą wymienione tam przypadki, zleceniodawcy akceptują wyciąg z Federalnego Rejestru Karnego lub równoważny dokument właściwego sądu lub organu kraju pochodzenia.

Co do zakresu wydawanych zaświadczeń należy wskazać, iż w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp ustawodawca zawarł swoistego rodzaju katalog rodzajowy przestępstw co nie oznacza, iż chodzi wyłącznie o przestępstwa w rozumieniu polskich przepisów karnych. Oczywistym jest, iż zaświadczenie wydawane przez organ sądowy albo administracyjny państwa obcego nigdy nie będzie potwierdzać karalności na podstawie polskich przepisów karnych. Nie jest wymagane, aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca uwzględnił bowiem fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania tych różnic. Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby bezprzedmiotowymi te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego organu o niekaralności. W każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy w kraju tym nie wydaje się takich zaświadczeń, istniałby, bowiem obowiązek składania odpowiednich oświadczeń przed właściwym organem. Naturalnym jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw – w zakresie zaświadczeń o niekaralności należałoby porównywać zatem nie tylko wysokość kary, jaką zagrożone są poszczególne przestępstwa, ale równie dobrze można byłoby dokonywać porównań w zakresie katalogu poszczególnych przestępstw czy znamion każdego z czynów zabronionych. W ocenie Izby, stanowisko takie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Za prezentowanym przez Izbę stanowiskiem przemawia również argumentacja zawarta w wyroku Sądu Okręgowego w

Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy z dnia 7 czerwca 2010 r., (sygn. akt XIX Ga 225/10), wydanego pod rządami uprzednio obowiązującego rozporządzenia ws. dokumentów, ale zachowującego nadal aktualność, w którym Sąd stwierdził, iż „(...) Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 nie nakłada na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Polski obowiązku złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, identycznego z zakresem zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Przepis wymaga jedynie zaświadczenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tego zapisu.”. Wobec faktu, iż na terenie Niemiec wydaje się zaświadczenie o niekaralności o charakterze powszechnym tzn. dostępne na wniosek każdej osoby której rejestr dotyczy, Izba stanęła na stanowisku, iż w świetle obowiązujących przepisów prawa, wykonawca Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o., w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp winien był przedłożyć dla członka zarządu mającego miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zaświadczenie z Federalnego Rejestru Karnego. Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia ws. dokumentów dopiero w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tej osoby nie wydawałoby się takich zaświadczeń, można byłoby zastąpić je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby. Tym samym ustawodawca w zakresie tych dwóch rodzajów dokumentów – zaświadczenia właściwego organu i oświadczenia złożonego przed odpowiednim organem – pierwszeństwo przyznał zaświadczeniu. Dopiero gdy w danym kraju nie wydaje się takich zaświadczeń, należy złożyć odpowiednie oświadczenie.

Zasadnym wydaje się wskazać, iż także na gruncie Dyrektywy 2004/18/WE ukształtowano analogiczną regulację. Art. 45 ust. 3 lit. a) powołanej Dyrektywy w sposób wyraźny przyznaje prymat wyciągowi sądowemu lub dokumentowi wydanemu przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. Zgodnie z przepisem tym dokumenty te należy uznać za wystarczające dla uznania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak na gruncie polskiego rozporządzenia ws. dokumentów, Dyrektywa 2004/18/WE w art. 45 ust. 3 stanowi, że dopiero, gdy w danym kraju nie wydaje się takich dokumentów, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż wykonawca Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie składając w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy

Pzp w odniesieniu dla wskazanego w odwołaniu członka zarządu jedynie jego oświadczenie o niekaralności złożonego przed notariuszem, w sytuacji gdy winien był złożyć zaświadczenie o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Wymiaru Sprawiedliwości, nie uczynił zadość obowiązującym przepisom prawa. Tym samym Izba uznała podniesiony w tym zakresie zarzut za zasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się. Niewątpliwie w odwołaniu z dnia 13 września 2012 r., odwołujący żądał unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych przez Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. oraz LexisNexis Polska Sp. z o.o., jak też dokonania powtórnego badania i oceny w/w ofert i odrzucenia oferty LexisNexis Polska Sp. z o.o., oraz wykluczenia z postępowania Wydawnictwa C.H. Beck Sp. z o. o., o ile nie uzupełni prawidłowo dokumentów na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby zamawiający uwzględniając odwołanie bezsprzecznie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Świadczy o tym pismo zamawiającego z dnia 10 października 2012 r., kierowane do wykonawców, w którym poinformował on o unieważnieniu czynności zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 7 września 2012 r., jak też o unieważnieniu czynności badania i oceny ofert wykonawców Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. oraz LexisNexis Polska Sp. z o.o. Zasadności zgłoszonego zarzutu przeczy również fakt, iż pismem z dnia 10 października 2012 r., zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o. o. o uzupełnienie dokumentów potwierdzających niekaralność członka zarządu mającego miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 tej ustawy. Należy wskazać, iż nie znajduje potwierdzenia argumentacja odwołującego, iż zamawiający nie weryfikował zasadności uznania przez przystępującego zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zdaje się pomijać, iż pismem z dnia 10 października 2012 r., zamawiający zwrócił się do przystępującego o weryfikację zastrzeżonej w jego ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, iż zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, złożone przez przystępującego wyjaśnienia potwierdzają prawidłowość poczynionego zastrzeżenia i uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, 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:**

.....