

Sygn. akt KIO/1965/10
KIO/1979/10

WYROK
z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Członkowie: **Jolanta Markowska**
Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **16 września 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Berger Bau Polska Sp. z o.o., 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 11
B. Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1

od czynności zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49**

przy udziale **POL-DRÓG OLEŚNICA S.A, 56-400 Oleśnica, Cieśle 44** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcy Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
- A** koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Berger Bau Polska Sp. z o.o., 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 11;**
 - B** koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron , w tym:
- A** kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** na rzecz **Berger Bau Polska Sp. z o.o., 54-517 Wrocław, ul. Szczecińska 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B** kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** na rzecz **Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., 51-504 Wrocław, ul. Betonowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO/1965/10
KIO/1979/10

Uzasadnienie wyroku z dnia z dnia 28 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając łącznie odwołania wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO/1965/10) oraz Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (sygn. akt KIO/1979/10) ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę połączenia ul. Bierutowskiej z ul. Kiełczowską we Wrocławiu.

sygn. akt KIO/1965/10

Odwołujący – Berger Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających, że Pan Thomas L i Pan Manfred W nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że na wezwanie zamawiającego przekazał oświadczenia panów: Karla G, Thomasa L i Manfreda W złożone przed notariuszem, każdy w miejscu swojego zamieszkania, dotyczące ich niekaralności. Odwołujący wskazał, że zdaniem zamawiającego, z dokumentów dotyczących pana L i pana W nie wynika, aby oświadczenia zostały złożone przed notariuszem, a wynika z nich jedynie, iż notariusz wykonał jedynie czynność polegającą na potwierdzeniu własnoręczności podpisów złożonych pod oświadczeniami (podpis notarialnie poświadczony). Kwestionując stanowisko zamawiającego odwołujący wskazał na treść art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy zobowiązującego zamawiającego do weryfikacji uczestników postępowania – pod kątem ich wykluczenia – na podstawie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r., w tym w § 2 ust. 2. Zauważył, że żaden z powołanych przepisów

nie określa, jaką treść i formę winno mieć oświadczenie składane przed notariuszem. Odwołujący stwierdził, że przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego jego treści, wskazania tożsamości osoby, faktu i daty stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenia oświadczenia, przy czym oświadczenie złożone na podstawie obcego prawa powinno być adekwatne doświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. Zdaniem odwołującego przedmiotowe oświadczenia warunki te spełniają, zostały złożone notariuszowi w dwóch wersjach językowych, zrozumiał więc ich treść, każdy dokument określa tożsamość osoby składającej oświadczenie, wskazuje na fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem („poświadczam prawdziwość złożonego przede mną podpisu”), a złożenie oświadczenia nastąpiło z chwilą jego podpisania dokonanego przed notariuszem. Oceny takiej nie zmienia klauzula w oświadczeniu pana Weissa o treści: „Nie udzielam dalszych potwierdzeń lub poświadczeń. Treść oświadczenia nie została przeze mnie sprawdzona”. Zdaniem odwołującego z zacytowanej klauzuli wynika jedynie, że notariusz nie był uprawniony do poświadczania czegokolwiek poza faktem złożenia spornego oświadczenia oraz nie weryfikował on prawdziwości oświadczenia stawiającej przed nim osoby, co nota bene nie jest wymagane w tego typu oświadczeniach. W konsekwencji odwołujący uznaje, że oświadczenia złożone przez jego członków zarządu odpowiadają wymogom stawianym przez przepisy Prawa zamówień publicznych. Na poparcie stanowiska powołał orzeczenia KIO wydane w analogicznym stanie faktycznym (sygn. akt KIO/UZP 36/10 i KIO/UZP 330/09) i stwierdził, że zamawiający nie udowodnił swojego stanowiska.

Dodatkowo wskazał, że ocena formy spornego oświadczenia, stosownie do regulacji Prawa prywatnego międzynarodowego, podlega przepisom prawa niemieckiego, a zgodnie z niemiecką ustawą o aktach notarialnych przy odebraniu przysięgi oraz zapewnień z mocą przyrzeczenia obowiązują odpowiednio przepisy o poświadczeniu oświadczenia woli. Zgodnie z nimi pismo zawierające oświadczenie musi zostać przeczytane w obecności notariusza oraz uczestników, musi zostać przez nich zatwierdzone oraz własnoręcznie podpisane. Zgodnie z niemieckim kodeksem cywilnym, jeśli dla złożenia oświadczenia ustawa przewiduje jego złożenie przed notariuszem, musi ono zostać pisemnie sporządzone przez składającego, a jego podpis musi jedynie zostać przez notariusza poświadczony. Oświadczeniami, obok oświadczeń woli, są także oświadczenia prawno procesowe. Jeśli pismo zawierające oświadczenie zostało własnoręcznie podpisane przez uczestników, przyjmuje się, że zostało ono przeczytane w obecności notariusza, a każde pismo sporządzone u notariusza zawiera dodatkowo własnoręczny podpis notariusza. Na potwierdzenie powyższej wykładni odwołujący załączył do odwołania pismo z dnia 3.09.2010 r. notariusza, przed którym złożył oświadczenie pan Thomas Lorkowski, w którym notariusz potwierdził, że oświadczenie to jest uznawane przez prawo niemieckie za złożone przed notariuszem. Stwierdzając, że oświadczenie złożone przez pana Manfreda W jest w

zasadzie identyczne z oświadczeniem pana L, odwołujący stwierdził, że wskazane potwierdzenie ma zastosowanie do obu spornych oświadczeń.

Zamawiający, jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, pismem z dnia 17.08.2010 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niekaralności panów Thomasa L i Manfreda W zamieszkałych w Niemczech w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, zgodnie z przepisami § 2 ust. 2 rozp. PRM w sprawie rodzajów dokumentów (...) wskazując, że zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 244/09 i KIO/UZP 257/09 niemieckie „Zaświadczenie o niekaralności” („Führungszeugnis”) wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości nie odpowiada zakresowi uzyskiwanemu w informacji z Krajowego Rejestru Karnego w RP i zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp. Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przekazał zamawiającemu dokument - oświadczenie podpisane przez pana Thomasa L, że nie był on skazany za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych z klauzulą sporządzoną i podpisaną przez notariusza, o treści: „Poświadczam prawdziwość złożonego przede mną na poprzedniej stronie podpisu pana: Thomas L (...). Odwołujący złożył analogiczny dokument – oświadczenie pana Manfreda W z poświadczeniem przez notariusza prawdziwości złożonego podpisu oraz stwierdzeniem notariusza: „Nie udzielam dalszych potwierdzeń lub poświadczeń. Treść oświadczenia nie została przeze mnie sprawdzona.” W ocenie zamawiającego przedstawione dokumenty nie spełniają wymogu § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, albowiem żadne z oświadczeń nie zostało złożone przed notariuszem. Zamawiający stwierdził, że notariusz wykonał jedynie czynność polegającą na potwierdzeniu własnoręczności podpisu osoby składającej podpis, a czynność potwierdzenia przez notariusza własnoręczności podpisu nie jest tożsama ze złożeniem przez zainteresowane osoby oświadczenia przed notariuszem. Z tego względu wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy.

Odnosząc się do zarzutów i wniosków odwołania zamawiający uznał je za nieuzasadnione i wniósł o oddalenie odwołania.

sygn. akt KIO/1979/10

Odwołujący – Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających, że

Pan Ralf Christel Winfred S, członek zarządu firmy nie został skazany za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając zarzuty stwierdził, że na wezwanie zamawiającego złożył dokument w postaci oświadczenia o niekaralności złożonego przed adwokatem, jako urzędowo ustanowionym przedstawicielem notariusza. Odwołujący stwierdził, że przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie określają, jaką formę i treść winno mieć oświadczenie składane przed notariuszem, również w treści ogłoszenia i siwz nie wskazano, co oświadczenie takie winno zawierać. Odwołujący stwierdził, że przyjęcie przez notariusza oświadczenia wymaga zrozumienia przez niego jego treści, a także wskazania daty stawiennictwa osoby przed notariuszem oraz wskazania jej tożsamości. W ocenie Odwołującego złożone oświadczenia spełniają te kryteria, gdyż osoba upoważniona do złożenia oświadczenia stawiała się przed notariuszem, zaś ten poświadczył złożony w jego obecności podpis. Za bezzasadne uznał odwołujący stwierdzenie zamawiającego, jakoby działania notariusza były ograniczone jedynie do potwierdzenia autentyczności składanego podpisu. Stwierdził, że z rozporządzenia PRM nie wynika wymóg składania oświadczeń wyłącznie w formie aktu notarialnego w rozumieniu prawa polskiego. Podkreślił również, że brak jest podstaw przypuszczać, iż inna osoba niż ta, której podpis znajduje się na oświadczeniu, stawiała się przed notariuszem z oświadczeniem, na którym znajdował się jej podpis.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów i wniosków odwołania zamawiający uznał je za nieuzasadnione i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż wykluczył odwołującego z postępowania uznając, że oświadczenie członka zarządu spółki dotyczące jego niekaralności nie zostało potwierdzone dokumentem potwierdzającym, że osoba ta nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. Przedmiotowe oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem, notariusz wykonał jedynie czynność polegającą na potwierdzeniu własnoręczności podpisu osoby składającej podpis, a czynność ta nie jest tożsama ze złożeniem oświadczenia przez zainteresowaną osobę przed notariuszem.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, Ralf Christel Winfred S złożył dnia 5.08.2010 r. podpisane przez siebie oświadczenie o niekaralności, które zostało opatrzone klauzulą urzędowo ustanowionego przedstawiciela notariusza, o treści: „Powyższy, poświadczony przeze mnie imienny podpis (...) niniejszym uwierzytelniam.”

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając łącznie na rozprawie wniesione odwołania, z udziałem odwołujących, zamawiającego i przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego zarzuty zawarte w odwołaniach, zważyła, co następuje.

Oceniając prawidłowość dokumentów będących przedmiotem rozpoznania należy stwierdzić, że zgodnie z § 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 te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do tych osób zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób, 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.

W rozpoznawanej sprawie wykonawcy celem potwierdzenia, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania, złożyli opisane wyżej dokumenty zawierające oświadczenia członków zarządów odwołujących się spółek.

W ocenie składu orzekającego Izby, należy uznać, że oświadczenia złożone w wyniku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, zostały złożone przez osoby uprawnione do działania w imieniu wykonawcy, przed notariuszem. Wniosek ten wynika z faktu, że w każdym z rozpatrywanym przypadku wskazanym w obydwu odwołaniach osoba uprawniona stawiała się w dniu złożenia oświadczenia przed notariuszem, a notariusz poświadczył złożony w jego obecności podpis. Tym samym, w ocenie Izby, doszło do złożenia oświadczenia przed notariuszem, o jakim mowa w powołanym przepisie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, niezależnie od dodatkowych klauzul zawierających stwierdzenie notariusza dotyczące uwierzytelnienia podpisu osoby składającej oświadczenie. Nieuzasadnione jest zatem stanowisko zamawiającego, jakoby działania notariusza były ograniczone jedynie do potwierdzenia autentyczności składanego podpisu. Izba uznała przy tym, że z przepisu rozporządzenia nie wynika wymóg składania oświadczenia wyłącznie w formie aktu notarialnego w rozumieniu prawa polskiego.

Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał, iż złożone oświadczenia nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, przewidzianymi przepisami prawa.

W konsekwencji uznania, że wykonawcy złożyli prawidłowe dokumenty, które potwierdzały spełnienie przez nich wskazanych w odwołaniach warunków udziału w postępowaniu, skład

orzekający uznał, że brak jest podstaw do wykluczenia odwołujących z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....