

**Sygn. akt KIO 2526/12**

**WYROK**  
**z dnia 28 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Altix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Freedom Scientific Inc. we Florydzie (USA) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Gniezno

przy udziale HARPO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miastu Gniezno unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Altix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Freedom Scientific, Inc. we Florydzie (USA), powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Altix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Freedom Scientific, Inc. we Florydzie (USA) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Gniezno 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 Altix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Freedom Scientific, Inc. we Florydzie (USA) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Miasta Gniezno na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Altix Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, Freedom Scientific, Inc. we Florydzie (USA) 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 (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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Gniezno - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa z montażem sprzętu komputerowego i specjalistycznego wraz z organizacją szkoleń dla Beneficjentów Ostatecznych w ramach projektu: „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu osób niepełnosprawnych w Gnieźnie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 lipca 2012r. pod numerem 2012/S 135-225178.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

5 listopada 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez HARPO Sp. z o.o. w Poznaniu oraz o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Altix Sp. z o.o. w Warszawie oraz Freedom Scientific, Inc., we Florydzie (USA).

Wykluczeni wykonawcy wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 listopada 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 2, 3, 8 - 9 ustawy oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (**dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”**) przez uznanie, iż odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, ewentualnie
- art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 25 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykonania obowiązku polegającego na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, pomimo iż są to

dokumenty podlegające uzupełnieniu, a w konsekwencji również;

- art. 91 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Harpo Sp. z o.o. w Poznaniu nie będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu z uwagi na określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „specyfikacja”);
- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zamawiający, na podstawie bardzo ogólnej informacji uzyskanej z Ambasady RP, powołuje się na jakieś dokumenty wydawane rzekomo przez władze stanowe USA, ale nie wskazuje nawet, czy tego rodzaju dokumenty są wydawane przez władze stanu, w którym wykonawca ma siedzibę, ani czy potwierdzają okoliczności wymagane w § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podniósł, że informacje podane przez Ambasadę nie są precyzyjne i na ich podstawie nie można było w sposób nie budzący wątpliwości ustalić, że takie dokumenty są wydawane przez władze stanu Floryda oraz wywodzić o niepotwierdzeniu przez odwołującego braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący uznała, że informacje podane przez Ambasadę Polską w USA mają jedynie orientacyjny charakter i nie mogą być traktowane jako wiążące.

Odwołujący zarzucił również, że obowiązkiem zamawiającego było wezwanie odwołującego do ich uzupełnienia dokumentów wskazanych w informacji o wykluczeniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Bezzasadne było natomiast wykluczenie Odwołującego z Postępowania bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia ewentualnych zaświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z Postępowania spółki Freedom Scientific, Inc. Podkreślił, że w piśmie z d 6 września 2012 r., wystosowanym przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, w zakresie dotyczącym dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia z Postępowania zamawiający zażądał jedynie wyjaśnień, *czy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wydaje się dokumenty, o których mowa w pkt 11.3.2.- 3.6 specyfikacji*. Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 6 września 2012 r. ani w

żadnym innym nie wzywał jednak odwołującego do uzupełnienia ewentualnych brakujących dokumentów, - nawet wówczas, gdy uzyskał informację z Ambasady Polskiej w Waszyngtonie, co do istnienia rzekomych dokumentów.

HARPO Sp. z o.o. w Poznaniu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym złożonym przed otwarciem rozprawy powoływał argumentację i dowody na okoliczność dokonania przez zamawiającego wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp . oraz prawidłowości wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.. Wskazywał, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w pkt 11.3 specyfikacji określił, jakie dokumenty powinni złożyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania przez przywołanie postanowienia § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W pkt 11.6 specyfikacji ustalił, że wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinni złożyć wskazane dokumenty urzędowe, a jeśli w kraju pochodzenie lub miejsca zamieszkania dokumenty takie nie są wydawane – oświadczenie złożone przed notariuszem lub właściwym organem sądowym lub administracyjnym potwierdzające brak podstaw do wykluczenia (dowód: specyfikacja – kopia w aktach sprawy).

Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia jednego z członków konsorcjum odwołującego - spółki Freedom Scientific Inc., - odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie złożone przed notariuszem, zgodnie z którym nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości spółki, spółka nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie, ani nie została prawomocnie skazana za przestępstwo popełnione w związku z

postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. (dowód: oświadczenie w ofercie odwołującego – kopia w aktach sprawy).

Zamawiający w toku badania i oceny ofert pismem z 6 września 2012r. zwrócił się do odwołującego wskazując na braki w treści oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz wyjaśnienie treści formularza ofertowego. W odniesieniu do Freedom Scientific Inc. zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo udzielone przez spółkę nie zostało złożone w oryginale, z oferty nie wynika, czy Pan Roy Rafalco jest upoważniony do reprezentacji spółki w zakresie wskazanym w pełnomocnictwie. Zamawiający prosił również o wyjaśnienie, czy w kraju pochodzenia spółki wydaje się dokumenty o których mowa w pkt 11.3.2 -11.3.6 specyfikacji. Powołując się na art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wyznaczył termin na uzupełnienie wymaganych dokumentów oraz złożenie wyjaśnień.(dowód: pismo z 6 września 2012r. - kopia w aktach sprawy).

Odwołujący, w wymaganym terminie uzupełnił wskazane braki i wyjaśnił powołując się na korespondencję wymienioną z Ambasadą Amerykańską, że w USA nie wydaje się dokumentów w wymaganym przez zamawiającego zakresie.

Powołał fragment odpowiedzi ambasady: „Z informacji uzyskanych z Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji w Stanach Zjednoczonych na podstawie administracji federalnej nie ma rejestrów odpowiadających polskiemu KRS, czy Krajowemu Rejestrowi Karnemu.” (dowód: pismo odwołującego z 14 września 2012r. - kopia w aktach sprawy).

Zamawiający prowadząc korespondencję z Ambasadą Rzeczypospolitej Polskiej w Waszyngtonie ustalił, że USA są wydawane odpowiedniki dokumentów urzędowych:

odpowiednikiem aktualnego odpisu z rejestru jest „*Certificate of Good Standing*” wydawany przez władze stanowe,

odpowiednikiem aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego jest „*Certificate of Good Standing*” oraz „*State Tax Clearance Certificate*”,

odpowiednikiem aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego są informacje z FBI lub stanowych służb policyjnych.(dowody: korespondencja przy odpowiedzi na odwołanie oraz w dokumentacji postępowania – kopie w aktach sprawy).

Powołując się na dokonane ustalenia zamawiający stwierdził, że ww. dokumenty powinny zostać złożone przez odwołującego zamiast oświadczenia przed notariuszem i wykluczył Odwołującego z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (dowód: pismo z 5 listopada 2012r. - kopia w aktach sprawy).

Przystępujący z pismem procesowym złożył dokumenty dotyczące Freedom Scientific Inc. oraz

korespondencję prowadzoną z Florida Department Revenue, Ambasadą Polską w Waszyngtonie oraz Ambasadą Amerykańską w Warszawie wraz z tłumaczeniami których treść potwierdza stanowisko zamawiającego.

Odwołujący powołał stanowisko Ambasady Stanów Zjednoczonych w Warszawie z dnia 14 listopada 2012 r., zgodnie z którym „(...) *wiążące potwierdzenie możliwości uzyskiwania przez firmy amerykańskie dokumentacji wymaganej w postępowaniach przetargowych nie leży w naszej gestii* Dodatkowo z oświadczenia tej Ambasady wynika m.in. że amerykańskie organy ochrony porządku publicznego nie są upoważnione do wystawiania zaświadczeń dotyczących działalności firm amerykańskich lub amerykańskich obywateli”.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba pominęła stanowisko przystępującego, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie był podniesiony przez odwołującego, a zamawiający nie wykluczył odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, a jedynie z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powodu złożenia oświadczenia w miejsce wymaganych dokumentów urzędowych.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia dokumentów urzędowych wymaganych od podmiotu mającego siedzibę w stanie Floryda (USA).

Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, potwierdzających, że nie otwarto jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z zapłatą podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne oraz niekaralność osób w zakresie określonym a w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp zastępuje się je dokumentem

zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przed wszystkim dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca w odniesieniu do wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę za granicą ustalił, co do wykazywania braku podstaw do wykluczenia pierwszeństwo dokumentów urzędowych. Realizuje to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp – skoro wykonawcy polscy okoliczności prawnie doniosłe dla możliwości uzyskania zamówienia winni wykazać dokumentem urzędowym wydanym przez odpowiedni organ, analogiczny obowiązek spoczywa na wykonawcach zagranicznych. Natomiast mając na uwadze różnice w porządkach prawnych poszczególnych krajach ustawodawca pozwolił na wykazywanie braku podstaw do wykluczenia za pomocą oświadczenia złożonego m.in. przed notariuszem. Możliwość ta stanowi wyjątek od powołanej reguły składania dokumentów urzędowych, znajdujący zastosowanie jedynie jeśli w kraju pochodzenia lub siedziby wykonawcy nie wydaje się dokumentów urzędowych.

Wyjątki nie podlegają wykładni rozszerzającej. Zatem ilekroć okoliczność braku ogłoszenia likwidacji lub upadłości wykonawcy, brak zalegania przez z niego z zapłatą podatków oraz brak karalności wykonawcy lub osób wchodzących w skład organu uprawnionego do reprezentacji można wywieść z dokumentu urzędowego wydanego w kraju pochodzenia lub siedziby wykonawcy – dokument taki winien być złożony wraz z ofertą.

Nie ma przy tym przesadzającego znaczenia, że dokumenty wystawione w innych państwach nie zawierają sformułowań używanych przez polskiego ustawodawcę. Istotne jest natomiast, by wymagane okoliczności wynikały z treści dokumentów.

Odwołujący wskazywał, że na poziomie administracji federalnej w USA nie wydaje się dokumentów stanowiących odpowiednik polskiego KRK lub KRS.

Stanowisko to nie prowadzi jednak do uznania, że oświadczenie złożone przed notariuszem, które złożył odwołujący jest wystarczające. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie statuują wymogu wykazywania braku podstaw do wykluczenia jedynie za pomocą dokumentów pochodzących z rejestrów centralnych. Przeciwnie, dostrzeżenia wymaga, że wykonawcy polscy składają dokumenty zarówno pochodzące z rejestrów centralnych – jak KRS lub KRK oraz z rejestrów pochodzących od urzędu miejscowo właściwego – Naczelnik Urzędu Skarbowego lub właściwego oddziału ZUS albo KRUS.

Wykonawca, który ma miejsce zamieszkania lub siedzibę za granicą składa dokumenty urzędowe, które w zależności od stanu prawnego danego państwa mogą pochodzić z rejestrów prowadzonych na poziomie administracji centralnej lub regionalnej (w



okolicznościach sporu - stanowej).

Trafnie podniesiono w piśmie Ambasady Stanów Zjednoczonych w Warszawie, trafnie w nim podniesiono, że ambasada nie jest uprawniona do dokonywania wykładni przepisów. Zamawiający i przystępujący nie bazowali wszakże na wykładni, a na informacjach dotyczących możliwości uzyskania dokumentów urzędowych – informacje te nie zostały podważone przez odwołującego na rozprawie.

Wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że odwołujący winien złożyć *Certifiacate of Status* (wydawany w stanie Floryda odpowiednik *Certificate of Good Standing*), *State Tax Clearance Certificate* oraz *Confirmation of No Search Results* lub informację z FBI. Odwołujący tego nie uczynił.

Przed dokonaniem wykluczenia zamawiający winien wezwać odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, czego zaniechał. Nie sposób uznać pisma zamawiającego z 6 września 2012r. za wezwanie odpowiadające prawu. Zamawiający wyraźnie wezwał w nim wyłącznie do złożenia wyjaśnień, nie nakazując uzupełnienia dokumentów razie stwierdzenia, że są one w USA wydawane.

Samo powołanie art. 26 ust. 3 Pzp nie rodzi skutku wezwania, skoro zamawiający jednocześnie wskazał również odnoszący się do złożenia wyjaśnień art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący nie miał podstaw by uznać, że został zobowiązany do złożenia dokumentów wskazanych w pkt 11.3.2 -11.3.6. specyfikacji.

Zamawiający winien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających stan wymagany ustawą istniejący nie później, niż w dniu w którym upływał termin składania ofert.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

