

Sygn. akt: KIO/UZP 1562/09

WYROK
z dnia 8 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, LINDSCHULTE POLSKA Sp. z o.o.; 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Nadbrzeżna 17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Zielonogórski, 65-417 Zielona Góra, ul. Licealna 9** protestu z dnia 30 września 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekosystem Zielona Góra Sp. z o.o., Pracownie Badawczo-Projektowe "Ekosystem" Sp. z o.o., 65-364 Zielona Góra, ul. Kożuchowska 20c** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, LINDSCHULTE POLSKA Sp. z o.o.; 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Nadbrzeżna 17

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, LINDSCHULTE POLSKA Sp. z o.o.; 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Nadbrzeźna 17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 470 zł 00 gr (słownie: czterysta siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, LINDSCHULTE POLSKA Sp. z o.o.; 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Nadbrzeźna 17** na rzecz **Uniwersytetu Zielonogórskiego, 65-417 Zielona Góra, ul. Licealna 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów noclegu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granops, Elżbieta Prażanowska-Nieboj, LINDSCHULTE POLSKA Sp. z o.o.; 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Nadbrzeźna 17.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 czerwca 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 119-173531.

W dniu 30 września 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania, wnosząc o: uznanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu za nieprawidłową, a tym samym wprowadzającą w błąd Odwołującego się, uznanie dokumentu

o niekaralności, dotyczącego członka zarządu Odwołującego się p. Heinricha L., wystawionego przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech za spełniany wymogi wynikające z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadzenie ponownego badania oferty Odwołującego się i wybór jej jako najkorzystniejszej.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający jako podstawę wykluczenia składającego protest wskazał art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp. Powyższe powoduje, iż czynność wykluczenia zawiera błąd oraz jest sprzeczna z ustawą Pzp, a tym samym czynność jest nieważna w myśl art. 58 §1 k.c.

Zastrzeżenia budzi przede wszystkim forma, jakiej Zamawiający użył, wzywając Odwołującego się, w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający w treści pisma wskazał, iż Odwołujący się nie złożył wymaganego dokumentu dla członka zarządu p. Heinricha Hermanna L., nie zaś, że przedstawiony dokument nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego lub w jego opinii jest błędny. Natomiast, przytoczony powyżej przepis wyraźnie wskazuje dwie odrębne przesłanki do jego stosowania, tj. brak dokumentów oraz ich błędy. Wobec takiego stanu faktycznego należy uznać, iż forma wezwania była błędna, a tym samym wprowadziła w błąd składającego protest, który to na wezwanie Zamawiającego złożył odpowiednie wyjaśnienie. Wobec błędu w tym zakresie, niniejszą czynność należałoby uznać za nieważną.

Ponadto, o tym, jakie dokumenty na potwierdzenie niekaralności przedstawiają wykonawcy biorący udział w przetargu stanowi Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszenie o przetargu. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), dalej rozporządzenie, na które powołuje się Zamawiający w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego się, jak sama nazwa wskazuje, skierowane jest wyłącznie do Zamawiającego i w tym zakresie nie wiąże wykonawców, jeżeli jego zapisy nie zostaną jednoznacznie odzwierciedlone w treści SIWZ. Tym samym powoływanie się na przepisy rozporządzenia przy czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania (bez jednoczesnego odwołania się do zapisów SIWZ) jest podstawą do uznania czynności Zamawiającego za nieprawidłową.

W związku z przytoczoną treścią stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych można domniemywać, iż faktyczną podstawą wykluczenia składającego protest z niniejszego postępowania przetargowego był art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odnosząc się do treści powyższego przepisu, Odwołujący się stoi na stanowisku, iż nie znajduje on zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż p. Heinrich L. nie został skazany za żadne z przestępstw wymienionych w przedmiotowym przepisie. Na uzasadnienie powyższego twierdzenia

Odwołujący się przedstawił zaświadczenie z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Niemczech.

Odwołujący się podkreśla, że zarówno przepisy ustawy Pzp, jak również przepisy przedmiotowego rozporządzenia nie odnoszą się w sposób jednoznaczny do sytuacji prawnej osób będących członkami zarządu wykonawców z siedzibą na terenie Polski, które to osoby nie mają obywatelstwa polskiego i jednocześnie zamieszkują za granicą. Sytuacja prawna takich osób jest w większym zakresie zbliżona do osób, do których odnosi się § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czyli członków zarządu wykonawców mających siedzibę za granicą. Powyższe wynika z faktu, że członkowie zarządu takich podmiotów, podobnie jak ma to miejsce w przypadku p. L. są cudzoziemcami i faktycznie przebywają za granicą, a więc w tym zakresie to organy zagraniczne mają większą wiedzę na temat karalności takich osób niż Krajowy Rejestr Karny.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w związku z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wspomniane podmioty przedstawiają dokumenty na potwierdzenie niekaralności członków zarządu wystawione w kraju zamieszkania lub pochodzenia członków zarządu, a z drugiej strony dokumenty takich osób nie potwierdzałyby w sposób miarodajny niekaralności takich osób. Z uwagi na domniemanie, iż członkowie zarządu przedmiotowych wykonawców przebywają w rzeczywistości poza terytorium Polski zasadnym jest, aby okoliczność, czy takie osoby zostały prawomocnie skazane za popełnienie przestępstwa była potwierdzona przez właściwe podmioty z kraju zamieszkania takich osób.

Polski ustawodawca nie nakazuje żądania od członków zarządu wykonawców mających siedzibę za granicą dokumentów o niekaralności wystawionych przez Krajowy Rejestr Karny w Polsce pomimo, iż potencjalnie osoby takie mogły także popełnić przestępstwo na terytorium RP. Powyższa okoliczność prowadzi do wniosku, iż z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp podstawowe znaczenie ma okoliczność, czy członek zarządu zamieszkały za granicą został prawomocnie skazany w kraju zamieszkania lub pochodzenia, a nie czy takie skazanie miało miejsce w Polsce. Mając na uwadze powyższe okoliczności Odwołujący się uznał, iż skoro p. Heinrich L. zamieszkuje poza terytorium RP, tym samym należało zastosować § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w związku z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i dostarczyć dokumenty z zagranicznego odpowiednika Krajowego Rejestru Karnego.

Na możliwość zastosowania powyższych przepisów i tym samym dostarczenia zagranicznych dokumentów o niekaralności p. Heinricha L. wskazywała wykładnia celowościowa ustawy Pzp. Celem ustanowienia art. 24 ust. 4-8 ustawy Pzp było uzyskanie potwierdzenia, że osoby zarządzające wykonawcą biorącym udział w przetargu nie były wcześniej skazane za popełnienie przestępstwa i z tego względu dają rękojmię prawidłowej

realizacji zamówienia publicznego. Interpretując w powyższy sposób przytoczone przepisy należy dojść do wniosku, że dokumenty przedstawione przez Odwołującego się i dotyczące niekaralności p. Heinricha L. w pełniejszym zakresie potwierdzają sytuację prawną członka zarządu wykonawcy, niżby miało to miejsce w przypadku przedstawienia dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego. Do takiej konkluzji prowadzi fakt, iż p. Heinrich L. na co dzień zamieszkuje na terytorium Niemiec, a tym samym dokumenty wystawione przez organy kraju zamieszkania p. L. w bardziej precyzyjny sposób dowodzą sytuacji prawno-karnej członka zarządu wykonawcy.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu Przystępujący zgłosił, w dniu 2 października 2009 r., przystąpienie, żądając oddalenia protestu.

W dniu 13 października 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, iż Wykonawcą jest spółka mająca osobowość prawną oraz siedzibę w Polsce, a p. Heinrich Hermann L. jest członkiem zarządu tej spółki. Zgodnie z rozporządzeniem i żądaniem zawartym w SIWZ oraz wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący się winien złożyć zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla p. Heinricha Hermanna L., a nie zaświadczenie z niemieckiego Federalnego Urzędu Sprawiedliwości. Zamawiający cytuje stanowisko Urząd Zamówień Publicznych oraz Sądu Okręgowego w Gliwicach zaprezentowane w wyroku z dnia 5 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 2/07/za oraz X Ga 4/07/za), powoływane w treści decyzji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania.

Zamawiający absolutnie nie zgadza się z argumentami Odwołującego się, który uważa, że przedstawione przez niego zaświadczenie o niekaralności z Niemiec w stosunku do członka zarządu jednego z uczestników konsorcjum p. Heinricha Hermanna L. jest prawidłowe. Swój wniosek Odwołujący się błędnie oparł na nietrafnej interpretacji § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w 1 ust. 1 ww. rozporządzenia, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. W celu prawidłowej interpretacji owego zapisu należy sięgnąć do definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z nią przez „wykonawcę” należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zapis na jaki powołuje się Odwołujący się dotyczy wyłącznie osób fizycznych, będących wykonawcami. Pan Heinrich Hennann L. nie jest wykonawcą w świetle ustawy, a jest jedynie członkiem organu reprezentującego osobę prawną. Oznacza to, że nie mają do niego zastosowania zapisy § 2 ust. 1 pkt 2

rozporządzenia. Nie mają także zastosowania do spółki, gdyż ta, będąc osobą prawną posiada swoją siedzibę w Polsce. Słusznie zatem, Zamawiający wymagał w tym wypadku od członka zarządu p. Heinricha Hennanna L. zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego

W dniu 20 października 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. § 2 ust. 1 punkt 2 rozporządzenia, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zgłoszone w proteście) oraz zarzucił błędne wskazanie podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego się, polegające na braku wskazania zapisu SIWZ, dotyczącego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym, który został naruszony przez Odwołującego się, podtrzymując żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się podkreśla z ostrożności procesowej, iż nawet gdyby uznać, że przepisy § 1 ust. 4 rozporządzenia w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazują literalnie, iż każdy wykonawca z siedzibą na terenie Polski powinien przedstawiać odpisy z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczące swoich członków zarządu, to jednocześnie należy dojść do wniosku, że norma prawna wynikająca z powyższego przepisu jest skierowana wyłącznie do wykonawców, których członkowie zarządu mają obywatelstwo polskie. Przyjęcie tezy, zgodnie z którą powyższy przepis dotyczy także członków zarządu, którzy nie mają obywatelstwa polskiego prowadziłoby do nierównego traktowania takich osób w stosunku do członków zarządu wykonawców mających siedzibę za granicą, którzy nie składają zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego - co jednocześnie stanowiłoby naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Wykluczenie z niniejszego postępowania Odwołującego się, pomimo, iż złożył on dokument potwierdzający niekaralność członka zarządu, wystawiony przez organ administracji, działający na terenie Niemiec, jest zbyt formalistycznym odczytywaniem ustawy Pzp i jednocześnie prowadzi w nieuzasadniony sposób do nierównego traktowania tych wykonawców, którzy niezależnie od miejsca ich siedziby mają w składzie zarządu osoby nie będące obywatelami Polski i zamieszkałe poza terytorium RP. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku wydanym w dniu 23 lutego 2007 r. (sygn. akt. X Ga 23/07) w sprawie dotyczącej innego stanu faktycznego : "Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem w samym sobie. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę, cel ustawy wyznaczonymi między innymi treścią cytowanego przepisu". Celem art. 24 ust. 4-8 ustawy Pzp jest potwierdzenie, że członek zarządu wykonawcy nie został skazany za przestępstwo wymienione w tym przepisie. Ostatecznie powyższy warunek został spełniony przez Odwołującego się, który przedstawił dokument o niekaralności dotyczący członka zarządu.

W dniu 5 listopada 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zarówno w zakresie części I, jak i II zamówienia Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienie, zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy i przedmiotowej SIWZ (pkt IIIa ppkt 1 oraz pkt IIIb ppkt 1 SIWZ). Spośród dokumentów, które należało dołączyć, celem potwierdzenia powyższego, Zamawiający wymienił m.in. aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (pkt IV ppkt 8 SIWZ). Jednocześnie w uwagach do pkt IV SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że jeśli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 powoływanego rozporządzenia, „jeśli Zamawiający żąda powyżej któregoś z tych dokumentów – Wykonawca może złożyć odpowiednio dokumenty, o których mowa w § 2 tego Rozporządzenia.”

Na potwierdzenie powyższego wymogu Odwołujący się dołączył do oferty m.in. zaświadczenie o niekaralności dotyczące p. Heinricha Hermanna L., wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Niemczech.

W tych okolicznościach Zamawiający, pismem z dnia 26 sierpnia 2009 r., wezwał Odwołującego się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oferty o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącą się do p. Heinricha Hermanna L.. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż „żądał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu dla członka zarządu Pana Heinricha Hermanna L.”

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący się, pismem z dnia 2 września 2009 r., poinformował, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego oraz powoływanym rozporządzeniem (art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia) złożył w ofercie (str. 33) aktualne na dzień składania ofert (data wystawienia zaświadczenia: 23 marca 2009 r.) zaświadczenie o niekaralności p. Heinricha Hermanna L., wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn. Jednocześnie zgodnie z § 4 pkt 3 przedmiotowego rozporządzenia do dokumentu tego zostało dołączone tłumaczenie z języka niemieckiego (str. 32 oferty).

Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania w trybie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, jednocześnie informując, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (pismo z dnia 24 września 2009 r.). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał,

iż „Wykonawca nie uzupełnił dokumentów o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dla członka zarządu Pana Heinricha Hermanna L. Po raz drugi załączył zaświadczenie z Niemiec (oferta i uzupełnienie dokumentów). Wykonawcą jest spółka mająca osobowość prawną oraz siedzibę w Polsce, a Pan Heinrich Hermann L., jest członkiem zarządu tej spółki. Zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w tym konkretnym przypadku, Wykonawca zgodnie z żądaniem zawartym w SIWZ oraz wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, winien złożyć zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dla Pana Heinricha Hermanna L. a nie zaświadczenie z niemieckiego Federalnego Urzędu Sprawiedliwości.” Ponadto, Zamawiający wskazał, iż analogiczne stanowisko prezentuje również Urząd Zamówień Publicznych: "Mając na uwadze treść art. art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 4 i § 2 ww. rozporządzenia, należy podkreślić, iż rodzaj dokumentów żądanych przez zamawiającego od wykonawców na potwierdzenie, że względem danego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie zachodzą przesłanki uzasadniające jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, uzależniony został od posiadania siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub poza jej granicami. Od wykonawców, których siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamawiający może żądać złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Natomiast od wykonawców, posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamawiający może żądać przedstawienia dokumentów, o których mowa w § 2 ww. rozporządzenia. Powyższe znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie i tu Zamawiający cytuje fragment wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach (sygn. akt X Ga 2/07/za i X Ga 4/07/za), w którym stwierdzono, iż „(...) treść § 2 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jednoznacznie wskazuje, że znajduje on zastosowanie do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i w tym przypadku stosownie do tej regulacji można zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego zastępować zaświadczeniem właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dotyczą. W przedmiotowej sprawie ubiegające się o zamówienie konsorcjum składa się z podmiotów mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co tym samym wyłącza możliwość stosowania tejże regulacji. Podkreślić należy, że nie zmienia tego także okoliczność, iż w skład zarządu jednego z tych podmiotów - reprezentanta konsorcjum - wchodzi osoba będąca obywatelami innego kraju. Osoby te nie są bowiem wykonawcami zamówienia publicznego, lecz jedynie członkami organu zarządzającego. W niniejszej regulacji ustawodawca ma natomiast na względzie wykonawcę zamówienia publicznego

oraz jego siedzibę względnie miejsce zamieszkania jako kryterium dla przyjęcia wyjątku od zasady w zakresie wymogów co do wymaganych dokumentów mających potwierdzić brak podstaw dla wykluczenia uczestnika postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. W rozpatrywanej sprawie nie ma także zastosowania § 2 ust. 3 powołanego wcześniej Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, zgodnie z którym jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania."

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła:

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp objęci są wykonawcy, w sytuacji, w której wskazane osoby związane z wykonawcą, skazano za określone rodzaje przestępstw. Krąg osób podlegających badaniu, z uwagi na karalność we wskazanym zakresie, został uzależniony od formy prawnej wykonawcy, która w istocie determinuje grono osób uprawnionych do prowadzenia spraw określonego podmiotu. W przypadku, gdy wykonawcą jest osoba prawna weryfikacji podlegają członkowie organu zarządzającego (art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). W celu potwierdzenia powyższej okoliczności, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 4 powoływanego rozporządzenia, wykonawca zobowiązany jest przedstawić aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo składania ofert. Powyższy wymóg dotyczy wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP, zaś w przypadku wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast wskazanych dokumentów należy przedłożyć zaświadczenie z właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Oznacza to, że wolą ustawodawcy jest, aby członkowie zarządu osób prawnych mających siedzibę w RP, przedkładali dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego. Natomiast osoby prawne, które mają siedzibę poza terytorium RP uprawnione są do przedłożenia zaświadczenia z właściwego organu. Ustawodawca przeprowadził więc linię podziału między wykonawcami, z uwagi na podmiot uprawniony do poświadczania niekaralności, przyjmując jako jedyne kryterium w tym zakresie miejsce siedziby lub zamieszkania wykonawcy.

W niniejszej sprawie bezsporne jest, iż partner odwołującego się Konsorcjum – Lindschulte Polska Sp. z o.o. posiada siedzibę w Polsce. Zatem, w myśl powołanych wyżej przepisów, wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru

Karnego. Bez znaczenia dla oceny przedmiotowej okoliczności jest fakt, iż jeden z członków zarządu p. Heinrich Hermann L. jest obywatelem Niemiec i w tym kraju przebywa. Ustawodawca nie uczynił w tym względzie żadnego wyjątku. Jednakowo uregulował sytuację członków zarządu osoby prawnej mającej siedzibę w RP, nie czyniąc w tym zakresie rozróżnienia ze względu na posiadane obywatelstwo, czy też miejsce zamieszkania. Rację więc należy przyznać Zamawiającemu, który uznał, dając właściwie prymat wykładni gramatycznej, iż zaświadczenie o niekaralności wystawione dla p. Heinricha Hermanna L. przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn nie należy do katalogu dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 przedmiotowego rozporządzenia. Zaś, przepis § 2 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż wspomniany wykonawca nie ma siedziby poza terytorium RP.

Odwołujący się w niniejszej sprawie nie zastosował się do przepisów przedmiotowego rozporządzenia, ale przede wszystkim, do odpowiadających im postanowień SIWZ. W pkt IV ppkt 8 Zamawiający wyraźnie określił, jaki dokument w zakresie potwierdzenia niekaralności, należy przedstawić. Co więcej, poczynił uwagę, iż regulacja ta nie dotyczy jedynie podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP. Odwołujący się do powyższego się nie zastosował, nie uzupełnił również na wezwanie Zamawiającego spornego dokumentu, w związku z powyższym poniósł konsekwencję w postaci wykluczenia go z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż błędne wskazanie podstawy prawnej wykluczenia powoduje nieważność czynności wykluczenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, powyższe nie powoduje, że czynność prawna jest sprzeczna z ustawą albo ma na celu obejście ustawy, a tylko ze wskazanymi okolicznościami przepis art. 58 § 1 k.c. wiąże sankcję nieważności. Niezależnie od powyższego, Odwołujący się wskazaną podstawę prawną powinien odczytywać jako omyłkę pisarską Zamawiającego, biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu oraz treść wezwania z dnia 26 sierpnia 2009 r. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wyraźnie wskazał, że w przypadku, gdy dokumenty nie zostaną uzupełnione we wskazanym terminie, uzupełnione dokumenty będą niewłaściwe lub nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania, na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w aspekcie formy wezwania wprowadzającej Odwołującego się w błąd, Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania. Przedmiotowy zarzut został podniesiony z uchybieniem terminów określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Termin do wniesienia protestu wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów rozpoczął bieg z dniem 26 sierpnia 2009 r. i upływał w dniu 5 września 2009 r.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania, uznając je za uzasadnione, koszty Zamawiającego w postaci kosztów noclegu, w kwocie 470,00 zł. Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego w przedmiocie przyznania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i kosztów dojazdu, z uwagi na nie przedstawienie do akt sprawy rachunków w tym zakresie, które stanowią podstawę przyznania przedmiotowych kosztów, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b powołanego wyżej rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....