

WYROK

z dnia 29 czerwca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r.

przez wykonawcę: **GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L., Włochy, 33100 Udine, Via A. Zanussi 315**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu, 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 19/21**

przy udziale wykonawcy: **JM Labus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-172 Katowice, ul. Grabowa 2**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwołującego: GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L z siedzibą w Udine i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L z siedzibą w Udine tytułem wpisu od**

odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L z siedzibą w Udine na rzecz przystępującego: JM Labus sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę 3723 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia trzy złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów uczestnika obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługi w zakresie postawienia nowego pieca kremacyjnego nr 3 oraz remontu generalnego pieca kremacyjnego nr 2 w krematorium mieszczącym się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Psie Pole* (oznaczenie sprawy: TT-28-15/2011). Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części: zadanie nr 1 – wzniesienia nowego pieca kremacyjnego nr 3 i zadania nr 2 – remont generalny pieca kremacyjnego nr 2.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 listopada 2011 r. pod nr 2011/S_216-352436. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.zck.wroc.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L z siedzibą w Udine we Włoszech – zawiadomienia związane z rozstrzygnięciem prowadzonego postępowania. Po pierwsze – o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie zadania 1, *w związku z naruszeniem postanowień art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp*, i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Po drugie – o wyborze jako najkorzystniejszej w tej części zamówienia oferty złożonej przez JM Labus sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

18 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt w zw. z art. 24 ust. 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 1 i 2a, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817; zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów” lub „rozporządzeniem”, bez dalszego dookreślenia) – przez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, z powodu nieprzedstawienia oświadczenia członka zarządu złożonego przed notariuszem w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8, podczas gdy Odwołujący to wykazał, przedstawił wymagane, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, zaświadczenie właściwego organu administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu, co skutkowało błędnym wykluczeniem Odwołującego w zakresie zadania nr 1 i uznaniem jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji – niewybraniem oferty Odwołującego, mimo że była ona ofertą najkorzystniejszą; spowodowało to również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy.

2. § 2 ust. 2 rozporządzenia – przez błędne przyjęcie tego przepisu jako podstawy prawnej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 1 i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy przepis ten nie znajdzie zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ odnosi się do wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a Odwołujący się ma siedzibę zagranicą – we Włoszech.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.
2. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty JM Labus sp. z o.o. w zakresie zadania 1.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 1.
4. Dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie zadania nr 1 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował nadto zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może wymagać od wykonawcy, został określony w rozporządzeniu, zgodnie z którym, w przypadku wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej właściwym dokumentem dla wykazania braku spełniania przesłanki negatywnej do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp, tj. wykazania, iż urzędujący członek organu wykonawcy nie został prawomocnie skazany za wskazane w tym przepisie przestępstwa, jest aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego (tzw. zaświadczenie o niekaralności). Natomiast zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia w przypadku wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (jak to ma miejsce w przypadku Odwołującego w niniejszym postępowaniu), w odniesieniu do urzędujących członków organów zarządzających wykonawcy należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. W związku z tym, pismem z 27 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia stosownego dokumentu. 7 maja 2012 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu zaświadczenie o niekaralności dotyczące pana Rahila Paula Francisa, wydane przez Komendę Policji w Maitland. Zamawiający uznał, że zamiast wskazanego zaświadczenia, Odwołujący powinien był dostarczyć oświadczenie złożone przed notariuszem. Jednocześnie Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z 22 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 939/12), zgodnie z którym, z informacji pozyskanych od Attache Prawnego Ambasady USA wynika, że w przypadku obywateli Stanów Zjednoczonych nie są wystawiane ogólnokrajowe, ani stanowe zaświadczenia potwierdzające, że członek organu zarządzającego firmy nie został skazany za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, gdyż z § 4 ust. 3 rozporządzenia wynika, że dopiero w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się ww. dokumentów, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Pan Rahil Paul Francis jest obywatelem Stanów Zjednoczonych Ameryki. Na pytanie odnośnie możliwości uzyskania w Stanach Zjednoczonych odpowiednika polskiego zaświadczenia o niekaralności należy odpowiedzieć twierdząco. Świadczą o tym informacje pochodzące z Ambasady Amerykańskiej w Warszawie (jak wynika z wyroku Izby z 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 761/10 i KIO/UZP 762/10) oraz na oficjalnej stronie internetowej Departamentu Stanu USA ([http://travel.state.ROv/travel/tips/emergencies/emergencies 1201.html](http://travel.state.ROv/travel/tips/emergencies/emergencies%201.html)), zgodnie z którymi w Stanach Zjednoczonych różne organy mogą wydawać zaświadczenia, stanowiące ekwiwalent zaświadczeń o niekaralności wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny.

Organami tymi są, między innymi policja danego stanu, Federalne Biuro Śledcze (Federal Bureau of Investigation, FBI), a także Sądy Okręgowe okręgu zamieszkania osób, których one dotyczą. Informacja, że w Stanach Zjednoczonych wydawane są tego typu zaświadczenia (także przez policję) jest również dostępna na oficjalnej stronie FBI (<http://www.fbi.gov/about-us/ciis/background-checks>). Powyższy katalog dokumentów o niekaralności nie jest wyczerpujący: *Jak wynika ze złożonego przez odwołującego wydruku z oficjalnej strony internetowej Departamentu Stanu USA, ww. organ nie jest jedynym organem wydającym omawiane zaświadczenia. Jak wskazano w informacji „Obywatele Stanów Zjednoczonych mogą otrzymać zaświadczenie o niekaralności na kilka sposobów”, a jednocześnie nie zastrzeżono, iż wskazane w tej informacji „sposoby” wyczerpują listę. Na wstępie zawarta jest informacja, iż „amerykańskim organom odpowiedzialnym za egzekwowanie przestrzegania prawa procedura ta może nie być znana, ponieważ w Stanach Zjednoczonych nie jest ona wymagana powszechnie.* (tak wyrok Izby z 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 761/10, KIO/UZP 762/10 oraz w wyroku Izby z 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 132/11). Obywatelowi amerykańskiemu przysługuje zatem uprawnienie dokonania swobodnego wyboru, które z zaświadczeń potwierdzających fakt, że nie figuruje on w rejestrach kryminalnych potwierdzać będzie jego niekaralność. Natomiast attache ambasady żadnego państwa nie jest źródłem prawa, a w konsekwencji informacje przez niego udzielane nie mają mocy prawnie wiążącej. Jak wynika z powyższych informacji źródłowych, stanowisko wyrażone przez Attache Prawnego Ambasady USA, które stanowiło podstawę dokonania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, jest niezgodne z rzeczywistością.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zawsze, gdy istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia o niekaralności w kraju zamieszkania członka zarządu, wykonawca zobowiązany jest w pierwszej kolejności do złożenia takiego dokumentu, nie zaś oświadczenia. W wyroku z 20 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1668/10) Izba zauważyła, iż Wykonawca może złożyć oświadczenie przed notariuszem tylko wtedy, kiedy w jego kraju nie wydaje się w ogóle zaświadczeń, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia oraz, iż nie sposób także uznać, że racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach rozporządzenia w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie niekaralności, poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności, poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

Urzędowe zaświadczenie o niekaralności, a do takiej kategorii należy zaliczyć

zaświadczenie policji w Maitland, jest dokumentem bardziej wiarygodnym niż oświadczenie złożone przez osobę, która wykazać ma niespełnianie przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp w odniesieniu do samej siebie. Także z tego względu, w przypadku, gdy tylko można uzyskać taki dokument, potwierdzający, zgodnie z porządkiem prawnym danego państwa, fakt niekaralności danej osoby, w miejscu zamieszkania członka zarządu, zaświadczenie takie powinno być brane pod uwagę w pierwszej kolejności.

W niniejszej sprawie istniała możliwość uzyskania zaświadczenia o niekaralności pochodzącego z właściwego organu administracyjnego, tj. Komendy Policji właściwej dla miejsca zamieszkania członka zarządu, co wynika w pierwszej kolejności z faktu, iż takie zaświadczenie zostało przez Wykonawcę przedstawione. Żaden przepis prawa nie wymaga, aby zaświadczenie pochodziło od organu sądowego lub administracyjnego, na poziomie „ogólnokrajowym” lub „stanowym” – odwołując się do sformułowań użytych w informacji Attache Prawnego Ambasady USA. Jest wręcz przeciwnie – analiza § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia prowadzi do wniosku, że przepis ten odnosi się do organu sądowego lub administracyjnego, właściwego dla miejsca zamieszkania osoby, której zaświadczenie dotyczy. Zgodnie z art. 25 kodeksu cywilnego miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Jest to zrozumiałe, zwłaszcza wobec faktu, że właściwe organy działające na tym poziomie mogą mieć w szczególności niezbędną wiedzę w przedmiotowym zakresie niekaralności danej osoby. Tym samym wykładnia omawianego przepisu prowadzi do wniosku, że chodzi w nim również o zaświadczenia wydawane na poziomie lokalnym, tj. miejsca zamieszkania danej osoby. Takie też zaświadczenie, pochodzące z właściwej dla miejsca zamieszkania członka zarządu Odwołującego Komendy Policji, zostało przedstawione.

Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Izby, zgodnie z którym, dla oceny spełnienia wymogów w udziały w postępowaniu bez znaczenia jest okoliczność, że wydanie zaświadczenia na poziomie lokalnym, nie oznacza braku skazania na poziomie federalnym czy stanowym (tak wyrok z 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 132/11). Oznacza to wprost, iż wydanie zaświadczenia o niekaralności przez organ lokalny (zwłaszcza uwzględniając specyfikę takiego państwa, jak Stany Zjednoczone), stanowi należyte potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8) pzp.

Skoro Odwołujący mógł uzyskać zaświadczenie o niekaralności choćby tylko na poziomie lokalnym, obecne brzmienie rozporządzenia nie pozwala mu na przedkładanie zamiast dostępnego zaświadczenia oświadczenia złożonego przed notariuszem lub łącznie

zaświadczenia lokalnego, czy też zaświadczenia dotyczącego węższego zakresu przestępstw niż wymagany art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp wraz z ww. oświadczeniem po to, aby objęło ono inne rodzaje przestępstw lub przestępstwa federalne, czy też stanowe. Wskazuje na to Izba w wyroku z 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 303/10): *w ocenie Izby żądanie od wykonawców zagranicznych na potwierdzenie, iż ich urzędujący członkowie organu zarządzającego nie zostali skazani za przestępstwa, których katalog został wskazany w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dwóch rodzajów dokumentów, tj. zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, a jednocześnie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem (...) nie znajduje oparcia w brzmieniu przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 z późn. zm.) - dalej rozporządzenie, o czym jednoznacznie świadczy zwrot „zastępuje się je”, użyty w § 2 ust. 2 rozporządzenia. (...) Trafnie zamawiający podniósł w toku rozprawy, że akceptacja stanowiska odwołującego prowadziłaby do zastosowania mieszanej formy dokumentowania niekaralności, a ta – jak wskazano powyżej – nie jest w przepisach o zamówieniach publicznych dopuszczona.*

Rozbieżności w systemach prawnych różnych państw dotyczące wydawania przez odpowiednie instytucje zaświadczeń o niekaralności oraz zakresu objętego tymi zaświadczeniami, nie mogą być interpretowane i wykorzystywane w celu działania na niekorzyść podmiotów zagranicznych, będących uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie doszło do takiego działania, co z pewnością stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. Działanie polegające na założeniu, iż jedynie zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego jest jedynym dokumentem poświadczającym niekaralność członków zarządu wykonawców, a w przypadku braku możliwości uzyskania takiego zaświadczenia dokumentem potwierdzającym niekaralność może być tylko oświadczenie osoby, której zaświadczenie takie miałyby dotyczyć, prowadzi do naruszenia tego przepisu poprzez nieuzasadnione faworyzowanie podmiotów, które przedkładają łatwe do oceny formalnej przez Zamawiającego zaświadczenia. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z 9 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2744/11) wskazała, że oczywistym jest, iż *w systemach prawnych poszczególnych państw będą występowały różnice, co do tego, co jest ujawniane w centralnych rejestrach służących*

Sygn. akt KIO 1273/12

ewidencji skazań, jednak takie różnice nie muszą stanowić każdorazowo o niemożności wykazania braku podstaw wykluczenia zaświadczeniem wydawanym w konkretnym państwie.

18 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania.

21 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby wpłynęło pismo z 19 czerwca 2012 r. zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez JM Labus sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się merytorycznie do jego treści

Zgodnie z dokumentami załączonymi do oferty Odwołującego – dla wykazania braku spełnienia przesłanek negatywnych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. art. 24 ust. 1 pkt. 8 pzp – przedstawił on dokument wystawiony przez Departament Policji Miasta Maitland w stanie Floryda. Z przedstawionego dokumentu wynika, że względem osoby Pana Phila Paula Francis'a nie ma lokalnej kartoteki („NO LOCAL RECORDS” oznacza brak lokalnej kartoteki, nie zaś, jak przetłumaczył Odwołujący, „brak kartoteki”).

Nie bez znaczenia jest, że niniejsze postępowanie jest prowadzone według przepisów prawa polskiego. Wymagane przez ustawę pzp dokumenty, wymienione w art. 24 ust. 1 pkt. 8, w przypadku wystawiania ich przez instytucje zagraniczne muszą stanowić odpowiednik polskiego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, czyli dokumentu o zasięgu krajowym. Zgodnie z przywołanym przez Odwołującego orzecznictwem, a dotyczącym osób zamieszkujących w Stanach Zjednoczonych, tj. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 1 lutego 2011 roku (sygn. akt: KIO 132/11) oraz wyrokiem z 14 maja 2010 roku (sygn. akt: KIO/UZP 761/10, KIO/UZP 762/10) – każde z zaświadczeń prezentowanych w tych

orzeczeniach wydawane było na szczeblu ponadlokalnym. W przypadku pierwszego orzeczenia zaświadczenie było wydane przez Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przeszłości Stanu Minnesota, zaś w przypadku drugiego orzeczenia – przez Sąd Okręgowy w stanie Illinois. Jak wynika z treści wyroku z 1 lutego 2011 roku „*KIO tym samym potwierdziła, że przedstawione zaświadczenia o niekaralności z określonego stanu USA stanowi - w rozumieniu polskich przepisów prawa zamówień publicznych - dokument potwierdzający niekaralność członka zarządu mającego miejsce zamieszkania w USA*” (vide wyrok Izby z 1 lutego 2011 r.). Przystępujący wskazuje, że *zaświadczenia zostały wydane na zapytanie (tzw. „świadoma zgoda”), które zawierało dokładny opis celu jakiemu ma służyć zaświadczenie ze wskazaniem wszystkich przestępstw, o których mowa w art., 24 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp, przez dokładne ich powtórzenie*” (vide wyrok Izby z 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 132/11). Tylko takie zaświadczenie można uznać za ekwiwalent polskiego zaświadczenia z KRK (w którym również określa się cel dla którego jest wydawane). A to oznacza, że zaświadczenie wydane przez Departament Miasta Maitland w stanie Floryda jest niewystarczające i nie jest odpowiednikiem polskiego zaświadczenia z KRK.

Uwzględniając jednak specyfikę terytorialnego podziału Stanów Zjednoczonych, jak wskazano w powyższych orzeczeniach, dopuszczalne jest przedstawienie zaświadczeń wydawanych na poziomie stanowym, niekoniecznie zaś krajowym. Dlatego też należy podzielić stanowisko Zamawiającego powołującego się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 939/12, w której ten sam Odwołujący przedstawił dokładnie ten sam dokument co w niniejszym postępowaniu – słusznie uznając, że przedstawiony dokument wydany przez Departament Miasta Maitland jest niewystarczający. W tym zakresie Izba powołała się na fakty znane z urzędu, a wynikające z wyroku z 16 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/10), a także, w sposób pośredni z wyroku z 2 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2141/11, KIO 2183/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11).

Odwołujący powołuje się na strony internetowe Departamentu Stanu oraz Federalnego Biura Śledczego. Z odwołania wynika, że informacje tam zawarte mają stanowić źródło prawa czy wiedzy na temat ekwiwalentności zaświadczenia policji lokalnej jako zaświadczenia wydawanego przez KRK. I tak: *dokumenty wystawione przez lokalną policję będą wymagały dodatkowego poświadczenia po uzyskaniu pieczęci lokalnej policji, W celu poświadczenia dokumentów stanowych skontaktuj się z Sekretarzem Stanu lub innym kompetentnymi władzami. Zobacz także nasze ogólne wytyczne dotyczące poświadczenia*

dokumentów wykorzystywanych za granicą (documents obtained from your local police will require additional authentication after you obtain the local police seal. Contact your state Secretary of State's office or other official designated in your state to authenticate state issued documents. See our general guidance on authentication of documents for use abroad). Zaznaczyć jednak należy, iż Odwołujący wybiórczo przetłumaczył powyżej przywołaną stronę www, pomijając stwierdzenie tam zawarte, a mianowicie: *Zobacz także nasze ogólne wytyczne dotyczące Doświadczania dokumentów wykorzystywanych za granicą (See our general guidance on authentication of documents for use abroad).* Tym samym argumentacja Odwołującego co do kompletności, zupełności i ekwiwalentności zaświadczenia wydawanego przez policję lokalną jest wątpliwa.

W ocenie Przystępującego żadnego znaczenia – dla potrzeb niniejszej sprawy – nie ma stanowisko Odwołującego, że dokument wystawiony przez policję w Maitland jest bardziej wiarygodny niż oświadczenie złożone przez osobę, która wykazać ma spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 8 pzp w odniesieniu do samej siebie. Tak samo jak twierdzenie Odwołującego, że z treści § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia nie wynika, ażeby zaświadczenia były wydawane na poziomie „ogólnokrajowym” czy „stanowym”. Taka interpretacja jest nieuprawniona a ponadto nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w przepisach czy orzecznictwie Izby. Trudno jest wymagać od ustawodawcy aby formułując polskie przepisy prawa w zakresie zamówień publicznych określał czy wręcz uwzględnił charakterystykę, strukturę innych państw, które potencjalnie mogą brać udział w postępowaniach przetargowych, pod kątem dokumentów i żądania wydawania ich na określonym poziomie – czy to lokalnym, stanowym czy krajowym. Ustawa pzp wyraźnie określa, że dokumentem potwierdzającym brak karalności jest zaświadczenie wydawane przez Krajowy Rejestr Karny. Zatem, jedyny i logiczny wniosek jaki można wywieść z powyższego, to stwierdzenie, że dla ustawodawcy polskiego oczywistym jest, że zwrot „w miejscu zamieszkania osoby” bynajmniej nie oznacza jedynie miejscowości, w której mieszka ta osoba. Bezsprzeczne jest, że wydane zaświadczenia mają być odpowiednikiem tych w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 8 pzp , czyli dokumenty te mają być swego rodzaju odpowiednikiem, ekwiwalentem polskiego (na poziomie kraju) zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Sygn. akt KIO 1273/12

26 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp uwzględnia w całości odwołanie złożone przez Odwołującego i wnosi o umorzenie postępowania.

28 czerwca 2012 r. Przystępujący na posiedzeniu z udziałem Stron oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania, składając równocześnie pismo, w którym stwierdził także, że podtrzymuje w całości swoje stanowisko i twierdzenia zawarte w zgłoszeniu przystąpienia.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, a wobec zgłoszonego przez Przystępującego sprzeciwu – na mocy art. 186 ust. 4 pzp sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu i zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w zakresie części 1 zamówienia złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów zmierzających do uchylecia eliminującej go z postępowania czynności Zamawiającego. Z kolei wykluczenie przez Zamawiającego z postępowania naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej

za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego przez Zamawiającego, odpowiedzi przesłanej przez Odwołującego z załączonym zaświadczeniem, a także innych przywoływanych pism lub dokumentów. Izba wzięła również pod uwagę informacje wynikające z wydruków ze stron internetowych załączone przez Odwołującego do odwołania.

Izba ustaliła, że Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego stwierdził, że nie zostały dołączone wszystkie dokumenty, które potwierdziłyby brak podstaw do wykluczenia z postępowania, gdyż Odwołujący załączył dokumenty dotyczące niekaralności dwóch spośród trzech urzędujących członków organu zarządzającego. 27 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp m.in. do uzupełnienia braku w tym zakresie. W określonym terminie Odwołujący złożył zaświadczenie z Komendy Policji Maitland, które nie zostało uznane przez Zamawiającego za właściwy dokument. Zdaniem Zamawiającego, który wykluczył Odwołującego z postępowania, *winno być złożone odpowiednie oświadczenie złożone przed notariuszem. W przypadku bowiem obywateli Stanów Zjednoczonych nie są wystawiane ogólnokrajowe ani stanowe zaświadczenia potwierdzające, że członek organu zarządzającego firmy nie został skazany za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej. Powyższe potwierdzone zostało wyrokiem z dnia 22 maja 2012 r. sygn. akt KIO 939/12.*

Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego 11 maja 2012 (pismem z tej daty) Zamawiający zwrócił się do Ambasady USA w Polsce o *informację czy dokument wystawiony przez Komendę Policji w Maitland (w załączeniu): – jest dokumentem świadczącym o niekaralności danej osoby? – został wystawiony przez właściwy i upoważniony do tego organ? – posiada moc prawną na równi z ewentualnymi innymi dostępnymi w USA (w stanie Floryda) dokumentami o niekaralności? – jest dokumentem tożsamym z polskim zaświadczeniem o niekaralności wystawianym przez Krajowy Rejestr Karny i potwierdza niekaralność w niżej wymienionym zakresie?* Zamawiający w treści pisma opisał także treść art. 24 ust.1 pkt 8 pzp, przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz załączył zaświadczenie uzyskane od Odwołującego. 24 maja 2012 r. (pismem z 18 maja 2012 r.) Zamawiający otrzymał odpowiedź z Konsulatu USA w Krakowie, że *załączony dokument stwierdza, iż nie ma informacji aby wymieniona w dokumencie osoba była karana w miejscowości Maitland, stanie Floryda. Szczegółowe informacje można uzyskać z policji stanowej lub z FBI.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła wadliwości decyzji Zamawiającego opartej na negatywnej ocenie dokumentu przedstawionego przez Odwołującego dla wykazania braku podstaw do wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji powołał się na wyrok Izby z 22 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 939/12, w której przedmiotem badania było to samo zaświadczenie z policji miasta Maitland dotyczące niekaralności tej samej osoby zasiadającej w organie zarządzającym GEM-MATTHEWS INTERNATIONAL S.R.L. z siedzibą w Udine. Izba w tamtej sprawie rzeczywiście uznała, że w USA nie wystawia się stosownych zaświadczeń o niekaralności, w związku z czym należało złożyć oświadczenie złożone przez Rahila Paula Francisa przed notariuszem. Rozpatrując niniejszą sprawę Izba stwierdziła przede wszystkim, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenie może co najwyżej potwierdzać, że pan Rahil Paul Francis nie był karany w miejscowości Maitland, a nie w całym stanie Floryda. Wynika to nie tylko z treści tego dokumentu, w którym wskazuje się na lokalny charakter sprawdzenia i brak danych o karalności w miejscowej kartotece dla tej osoby (jak słusznie to podniósł Przystępujący), lecz zostało także potwierdzone oficjalnym stanowiskiem amerykańskiego konsulatu w Krakowie. Choć Zamawiający nie powołał się na to w uzasadnieniu swojej decyzji, to przed podjęciem decyzji dochował należytej staranności i zwrócił się do przedstawiciela władz amerykańskich w Polsce o wyjaśnienie znaczenia przedstawionego przez Odwołującego zaświadczenia o niekaralności. W tych okolicznościach Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia Odwołującego, że sprawdzenie niekaralności przez lokalną policję obejmowało również poszukiwanie informacji w scentralizowanych bazach danych Federalnego Biura Śledczego (FBI).

Ograniczony wyłącznie do miasta Maitland w stanie Floryda zakres zaświadczenia czyni bezprzedmiotową argumentację odwołującą się do innych orzeczeń Izby. Z uzasadnienia wyroku z 1 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 132/11) wynika, że w tamtej sprawie chodziło o zaświadczenie wystawione przez Stan Minnesota Departament Bezpieczeństwa Publicznego Biuro ds. Ścigania Przystępności System Informacji Wymiaru Sprawiedliwości. Istotne jest także, że niekaralność członków zarządu na terytorium tego stanu nie była kwestionowana, a spór dotyczył jedynie znaczenia dodatkowej adnotacji zamieszczonej na

tym stanowym dokumencie: *Nie wyklucza to możliwości istnienia dodatkowych informacji zlokalizowanych na poziomie okręgu lub miasta.* Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO 762/10 (wyrok z 14 maja 2010 r.) Izba nie stwierdziła podstaw do nieuznania za właściwy dokumentu o niekaralności wystawionego przez Sąd Okręgowy 19 Okręgu Sądowego Lake County w stanie Illinois. W obu tych sprawach przedmiotem badania były zupełnie inne dokumenty, o innym zakresie zastosowania, wydane w innych stanach i przez inne organy. Ponadto w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 762/10 Izba powołała się na informacje wynikające ze strony internetowej Departamentu Stanu USA, jako dodatkowy argument przemawiający za tym, że konkretnie badany dokument należy uznać za wydany przez uprawniony i właściwy miejscowo organ egzekwujący przestrzeganie prawa.

W niniejszej sprawie brak podstaw by z ogólnikowych informacji ze strony internetowej Departamentu Stanu USA – o możliwości uzyskania przez obywateli amerykańskich zaświadczenia o niekaralności na kilka sposobów – wywieść, że zaświadczenie policji w Maitland jest zaświadczeniem właściwego organu administracyjnego miejsca zamieszkania pana Rahila Paula Francisa – w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. W ocenie Izby nawet przy uwzględnieniu specyfiki państwa federacyjnego jakim są Stany Zjednoczone, a także odmienności porządku prawnego, trudno uznać potwierdzenie niekaralności w jednej miejscowości za potwierdzenie niekaralności w zakresie wymaganym w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. W szczególności Izba nie uznała za przekonującą argumentację Odwołującego powołującego się na zdefiniowanie miejsca zamieszkania osoby fizycznej w art. 25 kodeksu cywilnego jako przesądzające o charakterze zaświadczenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W ocenie Izby w rozporządzeniu w sprawie dokumentów ogólnie wskazano właściwe organy wydające dokumenty w przypadku osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Polski, co nie oznacza, że zakres informacji wynikających z tych dokumentów może ograniczać się jedynie do miejscowości, w której zostały wydane.

Ponieważ Zamawiający dokonał prawidłowej oceny zaświadczenia przedstawionego przez Odwołującego, nie doszło naruszenia art. 7 ust. 1 pzp zarzucanego w odwołaniu. Z kolei błędne wskazanie § 2 ust. 2 zamiast § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie miało żadnego znaczenia, skoro Odwołujący z całości uzasadnienia decyzji Zamawiającego mógł bez trudu stwierdzić zaistniałą pomyłkę.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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) – obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Przystępującego, który zgłosił sprzeciw. Zaliczono w ich poczet wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie, na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków: faktury VAT i wydruku biletu z internetowego systemu rezerwacji przewoźnika kolejowego, z tym, że wysokość wynagrodzenia pełnomocnika ograniczono do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....