

WYROK
z dnia 9 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Emil Kawa
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawcę

Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu prowadzonym przez

Urząd Morski w Słupsku

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania) i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Alcobendas, Madrycie (Hiszpania), Aarsleff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i HYDROSAT SA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Hydrobudowę Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Hydrobudowy Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Urzędu Morskiego w Słupsku kwotę 5 628 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Morski w Słupsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ochronę brzegów morskich na wschód od Portu Darłowo” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 lipca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 stycznia 2012 r. Odwołujący – Hydrobudowa Gdańsk S.A. wniósł odwołanie wobec nieprawidłowych czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. oraz zakwalifikowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. na drugiej pozycji w rankingu ofert pomimo niewypełnienia procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec tego, że oferty tych wykonawców obarczone są poważnym błędem formalnym skutkującym obowiązkiem, wobec ewentualnego niezuzpełnienia dokumentów, wykluczenia ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 i 4 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*, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia ich ofert na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także nieuwzględnieniu przez Zamawiającego jako podstawy do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Aarsleff Sp. z o.o., Hydrosat SA Sp. z o.o. wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących podstawę do odrzucenia tej oferty, niewypełnienia procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ oferta ta, poza podstawami prawnymi przyjętymi przez Zamawiającego w ramach decyzji z 17 stycznia 2012 r., obarczona jest błędem formalnym skutkującym, wobec ewentualnego niezuzpełnienia dokumentów, obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 oraz 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z 17 stycznia 2012 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. i zakwalifikowaniu na drugiej pozycji w rankingu ofert oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.,
2. nakazanie ponownego badania i oceny ofert wykonawców, w tym: wypełnienia czynności zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie ww. wykonawców do złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu zgodnie z prawem i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w przypadku niedostarczenia przez ww. wykonawców wymaganych dokumentów w terminach określonych przez Zamawiającego, wykluczenie ich z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenie ich ofert na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. ewentualne – w przypadku zmiany podstaw przyjętych przez Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Aarsleff Sp. z o.o., Hydrosat SA Sp. z o.o. – wezwanie, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych tego wykonawcy do złożenia dokumentów zgodnie z przepisami prawa, a w przypadku niedopełnienia tego obowiązku – wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu ww. czynności.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w punkcie 9.4.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, w przypadku gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dokumentów potwierdzających fakt niekaralności urzędujących członków organów zarządzających osób prawnych, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego. Nadto, w nawiązaniu do § 4 ust. 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający*

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dopuścić, w przypadku gdy w miejscu zamieszkania lub siedziby podmiotu nie wydaje się dokumentów, o których mowa w przepisach, przedłożenie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Wskazani wykonawcy nie załączyli do ofert dokumentów potwierdzających niekaralność urzędujących członków organów zarządzających. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. załączyli do oferty zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków zarządu Ferrovial Agroman S.A. w postaci zaświadczeń z Głównego Rejestru Skazanych wydanych przez urzędnika Ministerstwa Sprawiedliwości w Madrycie 2 czerwca 2011 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. załączyli do oferty zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków zarządu Ferrovial Agroman S.A. w postaci zaświadczeń z Centralnego Rejestru Skazanych i Ściganych wydanych przez urzędnika Ministerstwa Sprawiedliwości w Madrycie 2 sierpnia 2011 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Aarsleff Sp. z o.o., Hydrosat SA Sp. z o.o. załączyli zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków zarządu Acciona Infraestructuras S.A. w postaci zaświadczeń z Centralnego Rejestru Skazanych wydanych przez urzędnika Ministerstwa Sprawiedliwości w Madrycie 9 czerwca 2011 r.

Zaświadczenia te, zdaniem Odwołującego, nie spełniają ustawowych warunków w zakresie udokumentowania wymogu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zakres przedmiotowy, jaki obejmują, w stosunku do katalogu przestępstw opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8.

Bezsporne jest, iż w Królestwie Hiszpanii Ministerstwo Sprawiedliwości w Madrycie wydaje dokument pod nazwą „zaświadczenie niekaralności”, natomiast kwestią wymagającą ustalenia jest zakres przestępstw nim objęty jako decydujący w kontekście możliwości uznania tychże zaświadczeń za spełniające wymagania przepisów prawa polskiego.

Zgodnie z treścią obowiązującego w Królestwie Hiszpanii Dekretu 95/2009 w Centralnym Rejestrze Skazanych rejestrowane są w szczególności dane osoby skazanej, dane organu sądowego, który wydał orzeczenie skazujące wraz z danymi dotyczącymi tego orzeczenia, rodzaj popełnionego czynu oraz orzeczoną karę. Uprawnionym do uzyskania zaświadczenia negatywnego z Centralnego Rejestru Skazanych jest osoba, której dane dotyczą, a także organy sądowe i prokuratura. Podkreślenia wymaga fakt, iż zaświadczenie wydawane na wniosek osoby zainteresowanej nie zawiera danych dotyczących popełnienia przez niego czynów zagrożonych tzw. karą lekką (art. 17 ust. 6 Dekretu).

Obowiązujący w Królestwie Hiszpanii Kodeks Karny (CP), wprowadzony Ustawą Organiczną 10/1995 z dnia 23 listopada 1995 r., przewiduje podział kar na kary ciężkie, mniej ciężkie i lekkie (art. 33 CP). Podstawą natomiast do nałożenia określonego rodzaju kary jest zakwalifikowanie danego czynu zabronionego jako przestępstwa ciężkiego (zbrodnia), mniej ciężkiego (występek) bądź wykroczenia. Kary lekkie obejmują m.in. grzywnę od 10 dni do 2 miesięcy (przy stawce dziennej od 2 do 400 euro), stałą lokalizację od 1 dnia do 3 miesięcy, czy pozbawienie prawa do kierowania pojazdami silnikowymi lub motorowerem od 3 miesięcy do 1 roku. Niektóre czyny stanowiące wykroczenia wedle prawa hiszpańskiego, zgodnie z prawem polskim uznawane są za przestępstwa.

Zgodnie z polskim Kodeksem wykroczeń, wykroczenie stanowi czyn zagrożony karą aresztu w wymiarze od 5 do 30 dni, ograniczenia wolności w wymiarze 1 miesiąca, grzywny w wymiarze od 20 do 5.000 zł (chyba że ustawa stanowi inaczej), a wykroczeniem skarbowym jest czyn zagrożony karą grzywny określoną kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu zabronionego nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia, a także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi. Przykładowo więc czyn polegający na wyłudzeniu pieniędzy z funduszy unijnych o wartości nieprzekraczającej 50.000 euro zagrożony jest karą grzywny od 1 miesiąca do 2 miesięcy, na mocy art. 628 w zw. z art. 309 CP, stanowi zgodnie z prawem hiszpańskim wykroczenie i jako czyn zagrożony karą lekką nie jest uwidaczniany w zaświadczeniu wydawanym z Centralnego Rejestru Skazanych wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, zgodnie natomiast z polskim Kodeksem karnym skarbowym powyższy czyn traktowany jest jako przestępstwo skarbowe. Zatem czyn traktowany przez prawo hiszpańskie jako wykroczenie, w prawie polskim może być uznawany za przestępstwo, co skutkuje prawdopodobieństwem nieobjęcia zakresem zaświadczenia wydawanego z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych wszystkich informacji o przestępstwach w rozumieniu prawa polskiego, w szczególności w zakresie czynów zabronionych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaświadczenia wydawane z hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych na wniosek osoby zainteresowanej nie obejmują informacji dotyczących popełnienia czynów zagrożonych karą lekką, mimo że widnieją w tym rejestrze.

Istotną kwestią stanowiącą o braku tożsamości pomiędzy treścią przedmiotowych zaświadczeń jest termin zatarcia skazania, bowiem art. 136 CP przewiduje, iż zatarcie skazania następuje z upływem: 6 miesięcy w przypadku kar lekkich, 2 lat w przypadku kar nieprzekraczających 12 miesięcy i orzeczonych w związku z przestępstwami popełnionymi nieumyślnie, 3 lat w przypadku pozostałych kar mniej ciężkich, 5 lat w przypadku kar ciężkich. Za początek biegu terminu zatarcia skazania uznaje się dzień następujący po dniu wygaśnięcia kary, a w przypadku jej warunkowego zawieszenia od dnia, który nastąpiłby po

dniu wygaśnięcia kary, gdyby została ona wykonana. Natomiast art. 107 polskiego Kodeksu karnego przewiduje znacznie dłuższe terminy ustawowe: 10 lat w razie skazania na karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, 5 lat w razie skazania na karę grzywny albo karę ograniczenia wolności i 5 lat na wniosek skazanego, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekracza 3 lat.

Zatrucie skazania za czyn ujawniony w Centralnym Rejestrze Skazanych oznacza, zgodnie z art. 19 Dekretu 95/2009, iż dane dotyczące czynu, za którego odpowiedzialność karna wygasła, nie będą już ujawniane w zaświadczeniu wydawanym na wniosek osoby zainteresowanej, dostęp do tych informacji mają jedynie hiszpańskie sądy i trybunały.

Zatem zakres informacji umieszczanych w Centralnym Rejestrze Skazanych nie odpowiada zakresowi informacji uzyskiwanemu z polskiego Krajowego Rejestru Karnego i zakresowi wskazanemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego przedstawienie zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych nie można uznać za spełnienie warunku wynikającego z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wątpliwości budzi także sam okres ważności zaświadczenia z Centralnego Rejestru Skazanych, gdyż obowiązujące przepisy Dekretu 95/2009 nie regulują kwestii ważności tego zaświadczenia, wobec czego każde z zaświadczeń zawiera zapis stanowiący, iż zaświadczenie niniejsze odzwierciedla stan dotyczący osoby zainteresowanej na dzień jego wystawienia.

W braku urzędowego zaświadczenia albo gdy, zgodnie z art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w *sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi*, dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej nie obejmują zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą być zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Skoro więc zakres hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności nie jest tożsamy z informacją z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie przestępstw wymienionych enumeratywnie w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystarczającym i koniecznym było złożenie przez wykonawców stosownych oświadczeń członków zarządu.

Stanowisko takie potwierdza także orzecznictwo i opinia Urzędu Zamówień Publicznych.

Na poparcie swoich argumentów Odwołujący przedłożył dwie opinie prawne.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe zarzuty stwierdził, że Odwołujący nie ma racji uważając, że zakres informacji ujawnianych w zaświadczeniu z hiszpańskiego Głównego Rejestru Skazanych jest węższy od ujawnianego w informacji z KRK, bowiem widnieje w nim

informacja o skazaniach za przestępstwa, natomiast nie ma znaczenia fakt braku informacji o wykroczeniach, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych nie wymaga potwierdzenia braku popełnienia wykroczeń.

Ponadto błędne jest przekonanie, że niektóre czyny stanowiące wykroczenia według prawa hiszpańskiego, zgodnie z prawem polskim uznawane są za przestępstwa. Zgodnie bowiem z art. 111 § 1 polskiego Kodeksu karnego, warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia. Zatem wykroczenie na gruncie prawa hiszpańskiego nie będzie mogło być uznane za przestępstwo według prawa polskiego właśnie dlatego, że prawo hiszpańskie nie uznaje tego za przestępstwo.

Harmonizacja prawa Unii Europejskiej nie obejmuje katalogu przestępstw ani rodzaju i wysokości kar za nie.

Poza tym różny termin zatarcia skazania nie świadczy o braku tożsamości i ekwiwalentności pomiędzy treścią zaświadczenia z polskiej KRK i hiszpańskiego Głównego Rejestru Skazanych, istotna jest bowiem informacja o prawomocnym skazaniu za przestępstwa.

Oświadczenia składane przez cudzoziemców nie mają odnosić się do prawa polskiego i osoby te nie są zobowiązane porównywać przed złożeniem oświadczenia odpowiedzialności w zakresie przestępstw w prawie zagranicznym i polskim, tym samym nie porównuje się też prawa karnego polskiego z hiszpańskim. Jeżeli według prawa hiszpańskiego członek zarządu nie popełnia przestępstwa, to nie może być dyskwalifikowany z postępowania.

Przepisy wyraźnie wskazują na prymat zaświadczeń. zaświadczenie też jest dokumentem najbardziej wiarygodnym.

Zgodnie z hiszpańskim prawem zamówień publicznych, art. 60, przestępstwa, za które wykonawcy wykluczani są z postępowania, są analogiczne do art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem również w zakresie rejestru karnego nie zachodzi obawa, że któreś z przestępstw nie zostanie wymienione. Zamawiający porównał przepisy polskiego i hiszpańskiego prawa karnego i stwierdził, że przestępstwa są analogiczne. Również art. 73 hiszpańskiego prawa zamówień publicznych wskazuje na to, że wykonawcy przede wszystkim mają przedstawiać świadectwo sądowe lub zaświadczenie administracyjne, a dopiero potem oświadczenie.

Przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Aarsleff Sp. z o.o., Hydrosat SA Sp. z o.o., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. oraz wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.

Podczas rozprawy Odwołujący wycofał zarzuty wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Aarsleff Sp. z o.o., Hydrosat SA Sp. z o.o., w związku z cofnięciem przez tych wykonawców odwołania dotyczącego odrzucenia ich oferty (sygn. akt KIO 186/12).

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba stwierdziła, że istotą zarzutu postawionego przez Odwołującego jest to, że zaświadczenia z hiszpańskiego Registro Central de Penados (według zastosowanych przez Strony tłumaczeń: Głównego Rejestru Skazanych, Centralnego Rejestru Skazanych lub Centralnego Rejestru Karanych) nie odpowiadają swoim zakresem informacjom z Krajowego Rejestru Karnego, zatem wykonawcy Acciona Infraestructuras S.A., Ferrovial Agroman S.A. i FCC Construcción S.A. dla swoich członków zarządu powinni złożyć oświadczenia, o których mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Izba nie podzieliła tego stanowiska Odwołującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub

przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Zgodnie z kolei z § 4 ust. 1 i 3 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich 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.

Natomiast z ust. 2 tego paragrafu stanowi, że dokumenty te powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Odwołujący powołał się także na art. 45 ust. 3 dyrektywy klasycznej, który wskazuje, że za wystarczający dowód, że w stosunku do wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia w tym zakresie, instytucje zamawiające przyjmują wyciąg z rejestru sądowego, a w jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa, a jeśli dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub nie obejmują one wszystkich przypadków wskazanych w art. 45 ust. 1 i ust. 2 lit. a), b) i c) dyrektywy, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub, w państwach, w których prawo nie przewiduje składają oświadczeń pod przysięgą, uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego dana osoba przybywa.

Przed wszystkim należy wskazać, że dyrektywy co do zasady są skierowane do państw członkowskich, które są zobowiązane je implementować, co w tym przypadku zostało dokonane w ww. § 4 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, tym samym należy się kierować brzmieniem tego przepisu.

Na gruncie jego brzmienia w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczących konieczności składania zaświadczenia lub oświadczenia można rozróżnić cztery poglądy:

1. z przepisów prawa wynika prymat zaświadczeń, nawet jeśli nie są one identyczne w poszczególnych krajach, gdyż zaświadczenia takie (wypisy, informacje z rejestru itp.) są jedynymi dokumentami urzędowymi mogącymi potwierdzić twierdzenia wykonawcy, nawet jeśli tylko w pewnym zakresie, a przy tym ustawodawca zarówno europejski, jak i polski uznał ich pierwszeństwo, pomimo iż różnice takie musiały mu być wiadome,
2. skoro zaświadczenia z innych krajów nie obejmują pełnego zakresu informacji wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie są zaświadczeniami „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8”, należy więc złożyć oświadczenie,
3. najpełniejszą informację daje zarówno złożenie zaświadczenia, jak i oświadczenia, zatem optymalnym rozwiązaniem byłoby składanie przez wykonawców zagranicznych obu dokumentów – przy czym wskazuje się tu, że złożenie obu dokumentów zależy od woli wykonawcy, gdyż brak podstawy prawnej do postawienia takiego żądania przez zamawiającego,
4. ze względu na brak zdecydowanego poglądu, który z rodzajów dokumentów (oświadczenia czy zaświadczenia) należy złożyć, w sytuacji wątpliwej dopuszczalne jest złożenie któregośkolwiek z nich, gdyż nie można obciążać ani wykonawcy, ani zamawiającego negatywnymi skutkami takiej sytuacji.

Z przytoczonych § 4 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz art. 45 ust. 3 dyrektywy wynika, że ustawodawca europejski, a za nim i krajowi uznali, że za „wystarczający dowód instytucje zamawiające przyjmują” zaświadczenie z właściwego rejestru karnego danego kraju. Oczywiście jest, że zasady prowadzenia rejestrów w poszczególnych państwach są odmienne, zatem ta okoliczność nie stanowi podstawy do negowania zaświadczeń zagranicznych, a sam zakres informacji zawartych w takim zaświadczeniu nie musi być identyczny jak w KRK, chyba że informacje gromadzone w danym rejestrze generalnie nie odpowiadają przestępstwom wymienionym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, np. będzie to rejestr osób, wobec których orzeczono zakaz pracy z osobami małoletnimi.

Należy też zwrócić uwagę, że art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się ogólnie do skazania za wymienione rodzaje przestępstw, niezależnie od kraju ich popełnienia, zatem czy to informacja z Krajowego Rejestru Karnego, czy zaświadczenie z rejestru innego państwa, z samego założenia nie będzie informacją kompletną z punktu widzenia art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz dotyczącą, co do

zasady, kraju rejestru. Nie obejmuje też sytuacji, w której dana osoba zmieniała kraje zamieszkania. Poza tym każde zaświadczenie, hiszpańskie, polskie czy innego kraju, z rejestru, organu skarbowego czy ubezpieczeń społecznych itp. instytucji zawiera informacje aktualne na dzień jego wystawienia – jest to oczywiste, dodatkowo dopuszczając „termin ważności” 3 – lub 6 – miesięczny ustawodawca „zezwała” na taką lukę (choć zastrzega też, że mimo wszystko musi być ono także „aktualne” – § 2 pkt 2 – 6 rozporządzenia).

Dlatego składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę wykonawca składa przede wszystkim oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (§ 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*), które musi obejmować pełen zakres okoliczności wymienionych w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych zaistniałych do dnia złożenia tego oświadczenia. Oświadczenie złożone przed notariuszem, organem sądowym, administracyjnym czy samorządu zawodowego lub gospodarczego jest takim samym oświadczeniem wykonawcy, złożonym jedynie w bardziej uroczystej formie. Podmioty te bowiem nie mają obowiązku sprawdzać prawdziwości takiego oświadczenia ani tym bardziej zaświadczać o jego prawdziwości. Zatem trudno uznać takie oświadczenie za „dowód” bardziej znaczący niż zaświadczenie ze względu na jego „kompletność” – powieliła ono jedynie ww. oświadczenie wykonawcy z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

Informacyjnie Izba też nadmienia, iż wyrok KIO /UZP 148/10 i KIO/UZP 155/10, na który powoływały się obie Strony, został zmieniony przez sąd okręgowy, który nie podzielił stanowiska tam zawartego.

Jak stwierdzono powyżej, podstawą rozróżnienia, czy wykonawca powinien złożyć zaświadczenie, czy oświadczenie, będzie rodzaj istniejących w danym kraju rejestrów i dokonywanych w nich wpisów. W odniesieniu do Hiszpanii Izba uznała za udowodnione – również na podstawie opinii przedstawionych przez Odwołującego – że zakres Registro Central de Penados jest odpowiednikiem polskiej Krajowej Informacji Karnej, a zaświadczenie przez niego wydawane jest dokumentem, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Nie ma przy tym znaczenia, że katalog hiszpańskich wykroczeń i przestępstw nie jest identyczny, a raczej – jak wykazały obie Strony – sam katalog czynów jest podobny, a jedynie odmienna jest granica, która definiuje dany czyn jako wykroczenie albo przestępstwo. Co więcej, wskazanie, że dany czyn nie jest przestępstwem, lecz

wykroczeniem, wręcz potwierdza okoliczność, że osoby, których zaświadczenia dotyczą, przestępstwa nie popełniły – i tym samym na pewno nie zostały za nie skazane.

Izba przyznała również rację Zamawiającemu w zakresie zasad wynikających z rozdziału XIII Kodeksu karnego „Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione za granicą.” Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do prawomocnego skazania za przestępstwo, a nie samego jego popełnienia, zatem każdorazowo będzie odnosił się do systemu prawa karnego kraju, w którym dana osoba została skazana i nie ma znaczenia sam fakt, czy inny kraj dany czyn uznaje za przestępstwo, czy też nie, jeśli w tym właśnie kraju nie została ona za to przestępstwo skazana.

Natomiast instytucja zatarcia skazania oznacza, że z chwilą zatarcia skazania uważa się je za niebyłe, a wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych (art. 106 Kodeksu karnego), tym samym odpada również podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i tu również nie ma znaczenia różnica w terminach pozwalających na takie zatarcie wynikających z prawa polskiego i hiszpańskiego – dana osoba przestała być osobą „skazaną za przestępstwo”.

Co zaś do terminu ważności zaświadczenia z Registro Central de Penados, został on jednoznacznie określony § 4 ust. 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* – jako 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (lub wniosków) i zaświadczenia wystawione w takim terminie wykonawcy przedstawili.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśniania ich treści.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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:

.....

.....