

Sygn. akt: KIO/UZP 254/10

**WYROK**  
z dnia 24 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Justyna Tomkowska  
Paweł Trojan

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Energy Recovery GmbH, 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 21 stycznia 2010 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Energy Recovery GmbH, 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z**

**o.o., ALSTOM Power Energy Recovery GmbH, 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o., ALSTOM Power Energy Recovery GmbH, 00-124 Warszawa, al. Jana Pawła II 12.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Przedmiotem prowadzonego postępowania jest „Modernizacja i remont obrotowych podgrzewaczy powietrza wraz z instalacjami pomocniczymi kotła bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 2U5-295188.

Zamawiającym jest: PGE Elektrownia Bełchatów S.A. Rogowiec, ul. Energetyczna 797-406 Bełchatów 5.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: ALSTOM Power Sp. z o. o.

Al. Jana Pawła II 12 00-124 Warszawa oraz ALSTOM Power Energy Recovery GmbH Industriestrasse 57-61 69245 Bammental, Niemcy

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 184 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą” lub PZP”.

Odwołujący wnosi odwołanie od oddalenia protestu na skutek braku jego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i niezgodne z prawem wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 57 ust. 1 i 2 PZP oraz § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia 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.).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z uwzględnieniem wniosku Odwołującego;
4. zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty wstępnej;
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący powołał się na posiadanie interesu prawnego do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

Według Odwołującego: Zaświadczenia z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn nie są zaświadczeniami właściwego organu sądowego lub administracyjnego pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP. W związku z tym powinny być zastąpione odpowiednim oświadczeniem składanym przed notariuszem lub organem samorządu gospodarczego lub zawodowego. Oświadczenia takie Odwołujący złożył. Dlatego też Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ w przypadku stwierdzenia przez Izbę błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w negocjacjach, Odwołującemu uniemożliwiono by dalszy udział w postępowaniu, w tym złożenie oferty. W związku z powyższym naruszenie przepisów ustawy naruszyłoby interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Powyższe stanowi o spełnieniu przesłanek interesu prawnego do wniesienia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie w rozumieniu w art. 179 ust. 1 ustawy.

Na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie w tym protestu, odwołania oraz przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożonych wyjaśnień stron postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Przedmiotem sporu jest czynność Zamawiającego wykluczenia z postępowania Odwołującego z powodu nie przedstawienia do złożonego Wniosku o dopuszczenie do

udziału w negocjacjach, zaświadczenia właściwego organu sądowego w stosunku do urzędującego członka zarządu o braku jego danych osobowych w ewidencji rejestru skazanych oraz danych spółki w zakresie braku wpisu o zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający oprotestowaną przez Odwołującego czynność, podjął dnia 15 stycznia 2010 r. informując o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zgodnie z którym z postępowania wyklucza się również wykonawców którzy, nie złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 ustawy.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający wskazał na bezskuteczność wezwania Odwołującego do przedstawienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy oraz, że powodem wykluczenia Zamawiającego z postępowania było to, że uzupełnione dokumenty wystawione przez Federalny Urząd Sprawiedliwości nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków to jest na dzień 20 listopada 2009r. tylko po tym terminie to jest na 3 i 4 grudnia 2009r.

Powyższą czynność Zamawiający podjął po wezwaniu pismem z dnia 3 grudnia 2009r. Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wezwanie dotyczyło członka konsorcjum: spółki ALSTOM Power Energy Recovery GMBH, którego siedziba mieści się na terenie Niemiec.

Bowiem do Wniosku o dopuszczenie do negocjacji załączono oświadczenia wszystkich członków zarządu Spółki ALSTOM Power Energy Recovery GmbH złożone przed notariuszem na okoliczność, że członek zarządu Pan Axel F. nie został prawomocnie skazany za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 polskiej ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Wezwanie również dotyczyło dokumentu dotyczącego spółki ALSTOM Power Energy Recovery GmbH potwierdzającego, że nie orzeczono wobec spółki zakazu ubiegania się o zamówienie.

Pismem z dnia 11 grudnia 2009 r. Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że dokumenty złożone wraz z wnioskiem są prawidłowe.

Odwołujący wskazał na treść pkt VI.3. pkt 9 Ogłoszenia o zamówieniu, według którego „Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, należy je zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem...”. natomiast powyżej, wymagano zaświadczenia 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.

W piśmie tym Odwołujący wyjaśnił, że zaświadczenia „Świadectwa Sprawowania” wydawane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn nie są dokumentami odnoszącymi się do wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP zakresu. Dlatego też prawidłowym było złożenie notarialnych oświadczeń członków zarządu.

Niemniej wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego Odwołujący przedstawił dokumenty z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn. Z uwagi na to, że daty wystawienia tych dokumentów były późniejsze od daty składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący załączył też oświadczenia członków zarządu potwierdzające aktualność tych zaświadczeń na dzień składania wniosków.

Do Wniosku o dopuszczenie do negocjacji w zakresie dokumentów objętych sporem załączono:

1. w części Informacja z KRK zapytanie o udzielenie informacji o osobie: oświadczenie Pana Axel F. jako urzędujący członek organu zarządzającego ALSTOM Power Energy Recovery GmbH, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 4-8 polskiej ustawy Prawo Zamówień Publicznych, złożone Heidelberg, 11.11.2009r. z notarialnym potwierdzeniem podpisu oświadczenia przed notariuszem w Heidelberg i dalsze oświadczenia tej treści: P.Georg P. w Bammental 10.11.2009r. przed notariuszem w Heidelberg oraz P. Hermann M. w Bammental 10.11.2009r. przed notariuszem w Heidelberg.
2. w części Informacja z KRK zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym: oświadczenie za ALSTOM Power Energy Recovery GmbH P. Axel F. jako urzędujący członek organu zarządzającego ALSTOM Power Energy Recovery GmbH o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 9 polskiej ustawy Prawo Zamówień Publicznych jako podmiot zbiorowy, wobec którego sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary złożone Heidelberg 11.11.2009r. z notarialnym potwierdzeniem podpisu oświadczenia przed notariuszem w Heidelberg.

Do pisma Odwołującego z dnia 11.12.2009r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów załączono:

1. Wypis Bonn z dnia 04.12.2009r. wystawiony przez Federalny Urząd Sprawiedliwości adresowany Pan Axel Helmut F. o zasadniczej treści „Wypis z rejestru karnego o Axel Helmut F. – Brak wpisu”
2. oświadczenie z 9.12.2009r. podpisane przez Pana Axel F. jako urzędujący członek organu zarządzającego ALSTOM Power Energy Recovery GmbH przed notariuszem Gerd G. w Niestetal o treści: Federalny Urząd Sprawiedliwości nie stosuje procedury wystawiania dokumentu z mocą wsteczną oraz potwierdza, że status potwierdzony w dokumencie rejestru karnego na 04.12.2009r. był ważny i obowiązujący 6 listopada 2009r.
3. Wypis Bonn z dnia 03.12.2009r. wystawiony przez Federalny Urząd Sprawiedliwości adresowany ALSTOM Power Energy Recovery GmbH o tytule „Informacja z centralnego Rejestru Działalności Gospodarczej” - „brak wpisu”.
4. oświadczenie z 9.12.2009r. podpisane przez Pana Axel F. jako urzędujący członek organu zarządzającego ALSTOM Power Energy Recovery GmbH przed notariuszem Gerd G. w Niestetal o treści: Bundesamt für Justiz nie stosuje procedury wystawiania dokumentu zaświadczającego o braku wpisów w rejestrze osoby prawnej zarejestrowanej na terenie Republiki Federalnej Niemiec z mocą wsteczną i potwierdza, że dokument z rejestru spółki Alstom na 03.12.2009r. był ważny i obowiązujący na 06.11.2009r.

Powyższych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodu przeprowadzonego na rozprawie z oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedłożonej przez Zamawiającego, odpowiadającej kopii dokumentacji potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego i dołączonej do akt sprawy.

Zaskarżona czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania została podjęta na podstawie poniżej zacytowanych przepisów prawa.

Zgodnie z art. 24. 1 pkt 8 i 9 ustawy „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 8) 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;

- 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Zgodnie z zacytowanym artykułem wykluczenie wykonawcy następuje w każdym przypadku z nie spełnienia warunku przewidzianego w art. 24 ust.1 pkt 8 i 9 tegoż ustępu, które kontrolowane jest przez zamawiającego na podstawie stosownych dokumentów przedkładanych przez oferentów.

Bowiem zgodnie z art. 26 ust.1 ustawy zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przedmiotowe postępowanie przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy co wynika z Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 23.10.2009r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2009/S 205-295188 (Cz.II.2.1. Całkowita wartość lub zakres: 10 000 000,00 EUR).

Tak więc w przywołanym Ogłoszeniu o zamówieniu w Cz.III.2) Warunki udziału III.2.1. Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego: o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: 2. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia ( art.22 ust.1 pkt 4 ustawy). Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca przedłoży wraz z wnioskiem: 2.1. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt 4-8. 2.2. Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt 9.

Powyższy zapis w Ogłoszeniu odpowiada treści § 1 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form ,w jakich te dokumenty mogą być składane zgodnie z którym:" W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zamawiający przewidując udział w postępowaniu podmiotów zagranicznych przewidział zapis w Ogłoszeniu o zamówieniu odpowiadający z § 2 ust.1 ww. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów o treści:

1. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1:

- 1) pkt 5 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:
  - c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;
- 2) pkt 4 - 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.

2. Dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. c oraz pkt 2, 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.

3. 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.

Obowiązywanie powyżej zacytowanych zapisów Ustawy i Ogłoszenia pomiędzy stronami nie rodzi sporu.

Przedmiotem sporu jest ustalenie czy Odwołujący, który składa Wniosek o dopuszczenie do negocjacji jako Konsorcjum wykonawców, którego partner spółka ALSTOM Power Energy Recovery GmbH ma siedzibę na terenie Niemiec jest zobowiązany w zakresie spełnienia warunku z art.24 ust.1 pkt 4-8 i pkt 9 przedstawić zaświadczenie z właściwego na terenie Niemiec rejestru sądowego czy też oświadczenie złożone przed notariuszem.

Izba rozstrzygając powyższe zagadnienie w pierwszej kolejności odniesie się co do zakresu rozpoznania odwołania, którego zarzuty powinny być sprecyzowane w proteście, zgodnie z wymogiem art. 191 ust. 3 ustawy (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście).

Bowiem na rozprawie pełnomocnik Odwołującego podniósł, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę powinien być oprócz zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy również zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy.

Natomiast pełnomocnik Zamawiającego zakwestionował stanowisko powyższe twierząc, że zarówno w proteście jak i w odwołaniu nie wskazano na naruszenie art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy.

Izba odnosząc się co do zakresu odwołania, wynikającego z okoliczności, że Zamawiający pismem z dnia 13.01.2010r. wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu nie złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt 4-8 i pkt 9 ustawy wystawionej nie wcześniej niż sześć miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, ustaliła i zważyła co następuje.

Na podstawie szczegółowej analizy zarówno treści protestu jak i treści odwołania Izba nie stwierdziła, aby w jakiegokolwiek ich części Odwołujący podniósł zarzut, iż Zamawiający poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie w stosunku do Odwołującego.

W ocenie Izby okoliczność, że Odwołujący kwestionuje decyzję Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania nie oznacza, że kwestionuje ją w całym zakresie.

Bezspornym jest, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w związku z nie przedłożeniem zaświadczenia właściwego organu sądowego niemieckiego w zakresie art.24 ust.1 pkt 4-8 jak i pkt 9 ustawy.

Natomiast Odwołujący wielokrotnie w proteście jak i w odwołaniu podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy w związku z nie przyjęciem oświadczenia członka zarządu spółki Alstom Power Energy Recovery GmbH z siedzibą na terenie Niemiec załączonym do wniosku oraz zaświadczeniem o niekaralności członka zarządu tejże spółki wystawionym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości na wezwanie Zamawiającego, ale po dacie składania wniosku o dopuszczenie do negocjacji.

Natomiast Odwołujący w proteście w ogóle nie zakwestionował czynności Zamawiającego wykluczenia z postępowania Odwołującego w związku z przedstawieniem oświadczenia członka zarządu spółki przed notariuszem, zamiast zaświadczenia organu sądowego, o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w związku z brakiem orzeczenia zakazu

ubiegania się o udzielenie zamówienia to jest przesłanką wykluczenia z art. 24 ust.1 pkt 9 ustawy.

Reasumując w ocenie Izby, Odwołujący nie postawił Zamawiającemu zarzutu bezpodstawnego wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 9 ustawy.

W związku z powyższym, uwzględniając treść art.191 ust.3 ustawy zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, Izba nie rozpoznała zarzutu, podniesionego na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego, w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.1 pkt 9 ustawy.

Co do zarzutu odnoszącego się do naruszenia art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy w zakresie prawa Odwołującego do przedstawienia oświadczenia członka zarządu przed notariuszem zamiast zaświadczenia właściwego organu sądowego czy administracyjnego to w ocenie Izby na terenie Niemiec funkcjonuje tak jak na terenie Polski instytucja Centralnego Rejestru Skazanych i podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia na okoliczność spełnienia warunku z art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy jest zobowiązany do przedstawienia zaświadczenia właściwego organu sądowego kraju zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą.

Izba nie kwestionuje wykazanych różnic pomiędzy zakresem rejestru skazanych prowadzonym na terenie Polski i Niemiec, co wykazał Odwołujący składając w poczet dowodów:

1. opinię naukową sporządzoną przez Panią dr Hannę G. –K., docenta w Instytucie Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego,
2. uwierzytelnione tłumaczenie z języka niemieckiego Ustawy o centralnym Rejestrze oraz o Rejestrze Środków Wychowawczych ( Ustawa o Federalnym Rejestrze Centralnym – BZRG) tłumacza wpisanego na listę Ministerstwa Sprawiedliwości Magdalena K. pod nr TP/6306/05) sporządzone w Elblągu dnia 17.02.2010r., potwierdzonego za zgodność notarialnie Kancelaria Notarialna Jolanta F. Elbląg Rep. A nr 1014/2010 dnia 15 marca 2010r.

Podniesione różnice pomiędzy ewidencją rejestrów Polski i Niemiec to w szczególności co wynika z powyżej przywołanej opinii:

„W Niemczech, na podstawie § 4 i § 32.2 ustawy o BZRG, z rejestru ujawnia się wpisy tylko w przypadkach, gdy sąd orzekł karę pozbawienia wolności przekraczającą trzy miesiące lub karę grzywny przekraczającą 90 stawek dziennych. W praktyce oznacza to, że poza zakresem rejestracji pozostają liczne wyroki skazujące.

Kara pozbawienia wolności w prawie niemieckim (§ 38 StGB) wymierzana jest w granicach od 1 miesiąca do 15 lat. Jest ona zresztą traktowana jako ultima ratio- zaledwie 12% skazań

w praktyce sądowej to kary pozbawienia wolności. Kara grzywny wymierzana jest w granicach od 5 do 360 stawek dziennych (§ 40 StGB), przy czym stawka dzienna określana jest w rozmiarze od 1 do 30 000 EURO. Ustawodawca niemiecki przyjmuje więc, iż nawet stosunkowo surowa kara grzywny (do 2.700.000 EURO) nie jest ujawniana z rejestru w przypadku wydawania zaświadczeń na wniosek zainteresowanego."

„Z prostego zestawienia regulacji ustawy polskiej i niemieckiej wynika jednoznacznie wniosek, iż zakres ujawnianych informacji z obu zbiorów nie jest tożsamy. Ustawa polska zawiera dane znacznie bardziej szczegółowe, jeśli chodzi o formę i treść wydawanych orzeczeń. Wszystkie wyroki skazujące, niezależnie od wymiaru kary są ujawniane. Ustawa niemiecka nie zezwala na ujawnianie skazań nie przekraczających trzech miesięcy pozbawienia wolności oraz 90 stawek dziennych grzywny. Nakazuje natomiast informowanie o nałożonych przez organa administracji zakazach, co jest rozwiązaniem wykluczonym w ustawie polskiej."

Wykazane przez Odwołującego różnice pomiędzy rejestrami skazanych: polskim i niemieckim nie świadczą o tym, że w rejestrze niemieckim nie ewidencjonuje się przestępstw w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy i że rejestr niemiecki nie odpowiada zakresowi wynikającemu z art. 45 ust.1 a,b,c,d oraz ust.2 c) dyrektywy klasycznej .

Bowiem z art. 45 dyrektywy klasycznej wynika, że wykluczany jest kandydat skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się czynów przestępczych takich jak: udział w organizacji przestępczej, korupcja, oszustwo, udział w praniu pieniędzy ( art.45 ust.1 lit.a),b) c) d) dyrektywa klasyczna) i z udziału można wykluczyć każdego wykonawcę który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego ( art.45 ust.2 lit c dyrektywa klasyczna).

Izba zapoznając się z przedstawionym przez Odwołującego tekstem Ustawy o Centralnym Rejestrze oraz o Rejestrze Środków Wychowawczych ( Ustawa o Federalnym Rejestrze Centralnym – BZRG) nie stwierdziła, aby którykolwiek z czynów przestępczych powyżej wymienionych z dyrektywy klasycznej nie był ewidencjonowany w tymże Rejestrze (BZRG). Tym bardziej, że należy przywołać również treść ust.1 art.45 dyrektywy klasycznej zgodnie z którym „Państwa członkowskie określają , zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe , warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu."

Kolejnym argumentem za nie uwzględnieniem odwołania jest treść ust.3 art.45 dyrektywy klasycznej zgodnie z którą „ W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń, lub też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust.1 oraz ust.2 lit.a),b)c) mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub - w Państwach Członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania 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 ta osoba przybywa.

Analogiczne regulacje prawne zawiera dyrektywa sektorowa, której przywołanie jest uzasadnione z racji, iż przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem sektorowym.

W ocenie Izby brak podstaw prawnych do przyjęcia, że można wykonawcę mającego siedzibę na terenie Niemiec zwolnić z przedłożenia zaświadczenia z rejestru sądowego niemieckiego na okoliczność wykazania nie podlegania wykluczeniu z postępowania w związku z przesłankami z art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy i umożliwić złożenie zamiast zaświadczenia organu sądowego, oświadczenia przed notariuszem urzędującego członka zarządu spółki prawa handlowego niemieckiego.

Natomiast przedłożona opinia naukowa wskazuje nie na różnice co do rodzaju czynów przestępczych, które są zbieżne z katalogiem czynów z art.24 ust.1 pkt 4-8 i art.45 dyrektywy klasycznej, ale różnicę zachodzą co do stosowanych wysokości sankcji karnych za czyny.

Również w ocenie Izby nie znajduje usprawiedliwienia okoliczność, że Rejestr Skazanych Niemiec poświadcza stan formalny i prawny na dzień złożenia wniosku, a co jest również charakterystyczne dla rejestru w Polsce.

Interpretacja o martwym przepisie nie znajduje uzasadnienia wobec założenia art. 26 ust.3 ustawy o możliwości uzupełnienia dokumentów, którymi powinien dysponować wykonawca na dzień złożenia oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Treść przepisu art.26 ust.3 ustawy zgodnie z którym okoliczności mające być potwierdzone w wyniku uzupełnienia dokumentu powinny być potwierdzone najpóźniej przed dniem składania wniosków. W związku z powyższym ww. oświadczenia złożone przez niemieckim notariuszem nie mają żadnego znaczenia dla daty zaświadczeń z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn.

W związku z powyższym w ocenie Izby nie wykazano naruszenia przepisów ustawy wskazanych w proteście i odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono w myśl art. 191 ust.6 i 7 ustawy zasądzając od Odwołującego koszty postępowania odwoławczego z uiszczonych wpisów od odwołania.

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....