

Sygn. akt KIO 1718/12

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 sierpnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) FCC CONSTRUCCIÓN S.A., ul. Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania, adres do korespondencji w Polsce: FCC Construcción S.A. ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa, 2) AZVI S.A., c/Almendralejo 5, 41019, Sewilla, Hiszpania; 3) DECOMA Sp. z o.o., ul. Bokserska 1, 02-682 Warszawa, Polska z adresem na rzecz pełnomocnika Konsorcjum: Miguela Angel Mayor Gamo - adres do korespondencji: FCC Construcción S.A., ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA SA (Pełnomocnik); 2) DRAGADOS SA; 3) Vias y Construcciones SA; 4) Electren SA z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1718/12 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Torpol SA (Pełnomocnik); 2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.; 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1718/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty, a następnie nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) FCC CONSTRUCCIÓN S.A., ul. Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania, adres do korespondencji w Polsce: FCC Construcción S.A. ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa, 2) AZVI S.A., c/Almendralejo 5, 41019, Sewilla, Hiszpania; 3) DECOMA Sp. z o.o., ul. Bokszerska 1, 02-682 Warszawa, Polska z adresem na rzecz pełnomocnika Konsorcjum: Miguela Angel Mayor Gamo - adres do korespondencji: FCC Construcción S.A., ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) FCC CONSTRUCCIÓN S.A., ul. Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania, adres do korespondencji w Polsce: FCC Construcción S.A. ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa, 2) AZVI S.A., c/Almendralejo 5, 41019, Sewilla, Hiszpania; 3) DECOMA Sp. z o.o., ul. Bokszerska 1, 02-682 Warszawa, Polska z adresem na rzecz pełnomocnika Konsorcjum: Miguela Angel Mayor Gamo - adres do korespondencji: FCC Construcción S.A., ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59 odcinek Czempień - Poznań”, w ramach projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - Poznań, etap III, odcinek Czempień - Poznań” nr referencyjny IRZRf-216- 02/II-P01iŚ 7.1-5.1, zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” albo „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 189-308451 z dnia 01.10.2011 r.

W dniu 03.08.2012 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Torpol SA oraz wykluczeniu Konsorcjum firm: 1) FCC CONSTRUCCIÓN S.A. (pełnomocnik), ul. Balmes 36, 08007 Barcelona, Hiszpania, adres do korespondencji w Polsce: FCC Construcción S.A., ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa, 2) AZVI S.A., c/Almendralejo 5, 41019, Sewilla, Hiszpania; 3) DECOMA Sp. z o.o., ul. Bokserska 1, 02-682 Warszawa, Polska z adresem na rzecz pełnomocnika Konsorcjum: Miguela Angel Mayor Gamo - adres do korespondencji: FCC Construcción S.A., ul. Ludna 2, 00-406 Warszawa zwanego dalej: „Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN S.A.” albo „Odwołującym” z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty.

W dniu 10.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie Konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN S.A. na ww. czynność. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.08.2012 r. (faxem).

Wnosił odwołanie od czynności Zamawiającego polegających m.in. na:

- a) wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez niego, iż nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, i w ślad za tym odrzucenie jego oferty,
- b) wyborze jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty Konsorcjum TORPOL S.A. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:
 - a) art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 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. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) poprzez ich niewłaściwą wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, iż Odwołujący zobowiązany był przedstawić, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, zaświadczenia właściwego organu sądowego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla spółki EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. i MELIOTO S.L., tj. spółek, które w raz z innymi osobami fizycznymi wchodziły w skład organu zarządzającego spółki FCC CONSTRUCCION S.A., i w konsekwencji wykluczenie go z postępowania, z uwagi na nieuzupełnienie żądanych dokumentów, pomimo, iż dokumenty pierwotnie załączone do oferty Odwołującego były prawidłowe i w pełni potwierdzały brak podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp,

b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez stawianie wykonawcom nie mającym siedziby w Polsce, w sposób nieuzasadniony obowiązującymi przepisami Pzp, dalej idących wymagań w zakresie udowodnienia braku podstaw do wykluczenia ich z postępowania niż wykonawcom krajowym.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o:

a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w ślad za tym odrzucenia jego oferty,

b) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej wyniku wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 03.08.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty Konsorcjum, którego liderem jest spółka TORPOL S.A. i wykluczeniu go z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż Odwołujący, pomimo wezwania skierowanego do niego w tym zakresie „*nie przedłożył dokumentów o niekaralności dla członków zarządu - osób prawnych - spółki FCC CONSTRUCCION S.A. Tym samym Wykonawca (tutaj: Odwołujący) nie wykazał, że w stosunku do urzędujących członków jego organu zarządzającego - spółki EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. i MELIOTO S.L. - nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp*”. W jego opinii, regulacja art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp nie dotyczy wyłącznie osób fizycznych - członków organu zarządzającego. Dyspozycja normy prawnej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp obejmuje także osoby prawne, które (o ile system prawny danego państwa na to zezwala) pełnią funkcję członków organów zarządzających wykonawcy.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawcę będącą osobą prawną, której 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.

Stosownie natomiast do przepisu § 2 ust. 1 pkt 5 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, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy z uwagi na treść art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym we wskazanym przepisie, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą (§ 4 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia).

Odnosząc powyższe regulacje prawne do stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że poza sporem w niniejszej sprawie pozostaje, iż zgodnie z regulacjami prawa polskiego „urzędującym członkiem organu zarządzającego” spółki akcyjnej, a taką właśnie jest spółka FCC CONSTRUCCIÓN S.A., nie może być inna osoba prawna. Co również bezsporne, możliwość taką dopuszczają regulacje prawa hiszpańskiego, a więc prawa, wedle którego działa spółka FCC CONSTRUCCIÓN S.A. Z możliwości tej spółka FCC CONSTRUCCIÓN S.A. skorzystała, tj. członkami jej Rady Zarządu (organu zarządzającego), obok osób fizycznych, są spółki - EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. oraz MELIOTO S.L., przy czym spółki te są stale reprezentowane w Radzie Zarządu przez panią E..... A..... K..... i panią A..... A..... K.....

Odwołujący, co również jest bezsporne, załączył dla Pań K..... właściwe zaświadczenia odnoszące się do braku ich skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, a rozwiązanie to stosowane jest przez niego we wszystkich postępowaniach w Polsce, w których ubiega się on o zamówienie publiczne. Zaznaczyć należy jednak, iż dokumenty te są przedkładane przez niego niejako z ostrożności, bowiem dokument ten nie jest wymagany w przypadku, gdy urzędującym członkiem organu zarządzającego osoby prawnej jest inna osoba prawna.

Stanowisko Odwołującego co do braku obowiązku pozyskiwania przez wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne w Polsce dokumentów potwierdzających brak karalności wszystkich członków zarządu spółek zarządzających spółką występującą jako

wykonawca, potwierdza ugruntowane orzecznictwo KIO i sądów powszechnych. I tak:

Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z dnia 07.06.2010r., sygn. akt: XIX Ga 225/10, zauważył: *„Podzielić również należało pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, iż sam fakt, że członkami organu zarządzającego jednego z członków Konsorcjum jest osoba prawna, nie rodzi obowiązku weryfikacji takiego podziału w szerszym zakresie tj. nie tylko pod kątem katalogu przestępstw, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt.8 Pzp, ale także pod kątem zakazu ubiegania się o zamówienie, o którym mowa w przepisie art.24 ust. 1 pkt 9 Pzp odnoszącego się wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne a nie do jego członków zarządu. Takiej rozszerzonej weryfikacji wykonawcy nie przewidują przepisy ustawy prawo zamówień publicznej, a w szczególności art. 24 Pzp”.*

Zatem przedłożenie dokumentów odnoszących się do stałych przedstawicieli również zdaniem Sądu Okręgowego było wystarczające dla prawidłowej weryfikacji co do niekaralności wykonawcy. *„Oczywiście ma rację skarżący, iż zgodnie z prawem polskim członkiem organu zarządzającego spółką nie może być osoba prawna oraz, że przepis art.24 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost wskazuje na urzędującego członka organu zarządzającego. Nie oznacza to jednakże obowiązku przedłożenia zaświadczenia o niekaralności dla wszystkich członków zarządów trzech spółek będących urzędującymi członkami zarządu (...). Byłoby to nie znajdującym oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzeniem obowiązków wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium Polski”.* W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca, którego oferta została zakwestionowana, przedłożył zaświadczenia dotyczące niekaralności wyłącznie stałych przedstawicieli osób prawnych wchodzących w skład jego organu zarządzającego, a więc zrobił dokładnie tak samo, jak Odwołujący w niniejszej sprawie. Zarówno jednak KIO orzekająca w tej sprawie, jak i Sąd rozwiązanie to przyjęły za prawidłowe.

Natomiast w wyroku z dnia 26.01.2011 r., sygn. akt KIO 63/11, KIO idzie jeszcze dalej, stwierdzając: *„Izba ustaliła na podstawie dokumentów załączonych do złożonego przez to Konsorcjum wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, iż osoby wskazane w odwołaniu, jako urzędujący członkowie organu zarządzającego, są jedynie przedstawicielami pełniącymi funkcje właściwe dla stanowiska Zarządcy. Ze sporządzonych przed hiszpańskim notariuszem w dniu 21 września 2007 r. protokołów uchwał spółki Acciona Infraestructuras S.A., wynika bowiem, iż na funkcję zarządcy uprawnionego do reprezentacji łącznej, powołane zostały hiszpańskie spółki Acciona Corporation S.A. oraz Acciona Desarrollo Corporativo S.A. Ich przedstawicielami w spółce Acciona Infraestructuras S.A. są dopiero osoby wskazane w odwołaniu. Tym samym funkcję urzędujących członków organu zarządzającego pełnią powołane spółki prawa hiszpańskiego, a nie - będące przedstawicielami tych spółek - osoby. W tak ustalonym stanie faktycznym, w ocenie Izby, Konsorcjum MOSTOSTAL nie miało obowiązku, w świetle obowiązujących przepisów prawa,*

przedkładać zaświadczeń o niekaralności osób będących przedstawicielami spółek pełniących funkcję urzędujących członków organu zarządzającego. Osoby te nie pełnią bowiem same tychże funkcji, a są jedynie przedstawicielami innych osób prawnych pełniących te funkcje. Fakt bowiem, iż w świetle przepisów prawa polskiego członkiem organu zarządzającego nie może być osoba prawna, nie oznacza jeszcze, iż wobec odmiennej regulacji w tym zakresie w prawie hiszpańskim, w odniesieniu do Wykonawców mających są siedzibę w Królestwie Hiszpanii należy dokonywać rozszerzonej weryfikacji, której nie przewidują przepisy Pzp. Odmienne postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców".

Podobnej wykładni komentowanego przepisu KIO dokonała w wyroku z dnia 20.07.2012r., sygn. akt KIO 1434/12; „Izba nie podziela poglądu zamawiającego o konieczności przedłożenia zamawiającemu zaświadczeń o niekaralności przedstawicieli członków organu zarządzającego spółki B., będących osobami prawnymi (dwóch spółek) w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Prowadziłoby to do rozszerzenia zakresu oceny spełnienia warunków o nowe nie wymienione w przepisach przesłanki. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy wykonawca wykazać ma, iż urzędujący członkowie organu zarządzającego osoby prawnej nie byli skazani za wymienione przestępstwa, a skoro osoba prawna, ustanowiona członkiem zarządu nie może podlegać karze i być skazana, to nie zachodzi w stosunku do takiego wykonawcy podstawa do wykluczenia z postępowania. Nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania fakt skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 urzędującego członka zarządu osoby prawnej będącej członkiem zarządu podmiotu ubiegającego się o zamówienie (wykonawcy). Ocena braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania kończy się na poziomie urzędujących członków organu zarządzającego tej osoby prawnej, która jest wykonawcą w postępowaniu, a nie członkiem zarządu." Również w wyroku z dnia 22.07.2012r., sygn. akt: 2448/11, KIO przyjęła podobną argumentację rozstrzygając spór, czy Zamawiający ma prawo żądać zaświadczeń z KRK dla członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w sytuacji, gdy spółka ta jest komplementariuszem w spółce osobowej ubiegającej się o zamówienie publiczne. Choć poczynione poniżej uwagi odnoszą się do sposobu wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, to niewątpliwie, wobec w zasadzie identycznego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, jak i zbieżności celów obu tych regulacji, mogą one znaleźć zastosowanie także do oceny niniejszej sprawy. „Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą w tym przedmiocie, zaprezentowaną między innymi w wyrokach KIO/UZP 1514/09; KIO/UZP 733/10, KIO 854/11, przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania do przypadku, gdy komplementariuszem spółki komandytowej będzie osoba prawna. Przestępstwa, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione jedynie przez osoby fizyczne. Gdyby

więc komplementariuszem spółki komandytowej wchodzącej w skład ubiegającego się wspólnie o zamówienie konsorcjum była osoba fizyczna, wówczas taki dokument należałoby przedłożyć (...). Wykładnia gramatyczna wskazanych przepisów pozwala na przyjęcie jednoznacznego stanowiska, że w przypadku komplementariusza spółki komandytowej, którym jest osoba prawna brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie wymagalne."

Izba w przywołanym orzeczeniu odniosła się także do próby poddawania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp wykładni celowościowej, której „główną ideą w zamówieniach publicznych winno być zapobieganie udzielaniu zamówień publicznych finansowanych ze środków publicznych wykonawcy skazanemu za przestępstwo” i wyjaśniła, że tego typu poglądy należy traktować jako postulaty *de lege ferenda* do ewentualnych przyszłych nowelizacji prawa zamówień publicznych. Tak samo należałoby więc traktować tego typu argumenty w niniejszej sprawie.

Reasumując powyższe stanowiska KIO wskazał, iż słusznie Izba przyjmuje, że skoro w danej sytuacji „urzędującym członkiem organu zarządzającego” wykonawcy jest osoba prawna, która z racji rozwiązań systemowych właściwych w zasadzie dla wszystkich porządków prawnych nie może ponosić odpowiedzialności karnej za przestępstwa opisane w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, to nigdy nie może zaistnieć w stosunku do takiego wykonawcy podstawa do wykluczenia, o której mowa. Przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp nie można natomiast poddawać takiej wykładni, która prowadziłaby do nałożenia na wykonawców pochodzących spoza terytorium Polski, tylko z racji różnic w porządkach prawnych, dalej idących wymagań niż względem wykonawców krajowych. Takiej wykładni nie dałoby się bowiem pogodzić nie tylko z treścią komentowanego przepisu, ale przede wszystkim z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą zachowania uczciwej i równej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o zamówienie publiczne. Popierając, wyrażone powyżej stanowisko KIO, co do konieczności poddawania komentowanych przepisów wykładni językowej, uzupełnić należy je także o stwierdzenie, że możliwość sięgania po wykładnię systemową i funkcjonalną przepisów prawa, zwłaszcza, gdy jak w niniejszej sprawie może to prowadzić do przyjęcia wykładni rozszerzającej analizowanego przepisu, jest ograniczona. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wypracowanym w doktrynie, powszechnie przyjmowanym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wskazane rodzaje wykładni mają charakter pomocniczy względem wykładni językowej i ich zastosowanie możliwe jest tylko wtedy, gdy przemawiają za tym ważne racje (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28.06.2000r., sygn. akt K 25/99, OTK 2000/5/141). Dopóki więc, jak w niniejszej sprawie, sięganie po wykładnię systemową i funkcjonalną, służyć będzie niejako potwierdzeniu słuszności wyboru jednego z dopuszczalnych na

gruncie wykładni językowej znaczeń normy prawnej, rozwiązanie to uznać należy za dopuszczalne. Wyłączyć należy natomiast możliwość sięgania po wykładnię systemową i funkcjonalną jedynie dla wykazania zasadności przyjęcia takiego rozumienia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, które prowadziłoby do rozszerzenia zakresu obowiązków ciążących na adresacie tej normy prawnej w przypadku, gdy adresatem tym jest wykonawca niemający siedziby w Polsce. Ochrona interesu Zamawiającego, czy nawet ochrona szeroko rozumianego interesu publicznego nie może bowiem prowadzić do naruszenia fundamentalnej zasady równości wobec prawa, która w przypadku postępowań o zamówienie publiczne ściśle wiąże się z zasadą zapewnienia równego i uczciwego traktowania wykonawców biorących udział w tych postępowaniach. Podobne stanowisko co do nadrzędności zasady równości zajął także ETS, który w jednym ze swoich orzeczeń stwierdził, iż zasada równości, jako jedna z podstawowych zasad prawa wspólnotowego, uznaje za niedopuszczalne czynienie różnic pomiędzy podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamych sytuacjach (por. orzeczenie ETS w sprawie R. Hochstrass vs. Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, C-147/79).

Zamawiający w dniu 13.08.2012 r. wezwał (e-mailem) wraz z kopią odwołania, w trybie art. 185 ust. 1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) nastąpiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA SA (Pełnomocnik); 2) DRAGADOS SA; 3) Vias y Construcciones SA; 4) Electren SA z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: ul. Adama Branickiego 15, 02-972 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum POL-AQUA” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego” wnoszącego o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 16.08.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) nastąpiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum firm: 1) Torpol SA (Pełnomocnik); 2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.; 3) Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z adresem na rzecz pełnomocnika konsorcjum: ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań zwane dalej: „Konsorcjum Torpol” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego” wnoszącego o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W jego ocenie Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę uznając, że nie złożył on żądanego zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu osób prawnych spółki FCC CONSRUCCION SA celem wykazania, iż nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia z postępowania przewidziane art.

24 ust.1 pkt 8 Pzp, a tym samym Odwołujący dał podstawę do wykluczenia go z przedmiotowego postępowania.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnienia oraz uzupełnienia z dnia 01.06.2012 r., wyjaśnieniami i uzupełnieniem Odwołującego otrzymanymi przez Zamawiającego 13.06.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, złożonymi na rozprawie przez Zamawiającego kopiami wyciągów tłumaczeń z j. hiszpańskiego Dekretów Królewskich Królestwa Hiszpanii, tj. Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz z regulacji prawnej dotyczącej hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych (Dekret Królewski Nr 95/2009 znowelizowany w 2011 r.), czy też przykładowym hiszpańskim zaświadczeniem o niekaralności, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła opozycje Zamawiającego oraz Przystępującego po jego stronie odnośnie braku interesu w przystąpieniu po stronie Odwołującego Konsorcjum POL-AQUA z uwagi na uprawomocnienie się wykluczenia niniejszego Wykonawcy z udziału w postępowaniu przetargowym, wobec braku samodzielnego zaskarżenia za pomocą środka ochrony prawnej niniejszej czynności Zamawiającego. Należy zauważyć, że interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego wynikający z art. 185 ust. 3 Pzp ma szerszy charakter niż interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp. Najistotniejszą kwestią jest okoliczność tego rodzaju, że w odróżnieniu od interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, interes z art. 185 ust.3 Pzp nie jest związany z interesem w uzyskaniu danego zamówienia, lecz interesem w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. W konsekwencji Izba uznaje, że

okoliczność podniesiona przez Zamawiającego nie jest czynnikiem decydującym w ustaleniu istnienia, czy też nie, interesu z art. 185 ust. 3 Pzp. Jednocześnie niewątpliwie kwestia będąca podstawą wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp Odwołującego z uwagi na tożsamą okoliczność faktyczną i prawną w odniesieniu do Przystępującego po stronie Odwołującego stanowi ważki element dla Konsorcjum POL-AQUA nie tylko w odniesieniu do przedmiotowego postępowania przetargowego. Z tej przyczyny, Izba uznała, że Konsorcjum POL-AQUA ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze strony, tzn. Odwołującego.

Względem wniosku Zamawiającego popartego przez Przystępującego po jego stronie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba oddaliła niniejszy tak w zakresie argumentacji przytoczonej przez Zamawiającego, jak i Przystępującego po jego stronie Konsorcjum TORPOL.

W pierwszym wypadku, Izba kierowała się m.in. postanowieniem SO w Gliwicach z 16.03.2012 r., sygn. akt: X Ga46/12/za uznając, że należy zaliczyć na poczet odwołania pełnomocnictwo, które zostało załączone wraz z dokumentacją przez Zamawiającego z 12.01.2012 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.06.2012 r. (uzupełnione w odpowiedzi 13.06.2012 r.) wystawione przez pana B..... F..... J..... na rzecz pana M..... A...I M.... G..... W ten sposób, z uwagi na ekonomikę postępowania, nie będzie konieczne odraczenie rozprawy i wzywianie do uzupełnienia, tak jak wynika ze wskazanego postawienia SO w Gliwicach. Nadto, w ocenie Izby z pełnomocnictw załączonych do odwołania również można wywieść stosowne umocowanie, jednakże uczyniła niniejsze chcąc niejako wyjść naprzeciw stanowisku Zamawiającego, iż w wypadku załączenia niniejszego pełnomocnictwa jego wniosek byłby bezprzedmiotowy.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę, iż pełnomocnictwa pozostałych konsorcjantów, są to pełnomocnictwa na rzecz lidera konsorcjum (pełnomocnictwo z dnia 27.10.2011 r. oraz 15.12.2011 r.), zaś wskazanie pełnomocnictwa dla reprezentacji pana M..... A..... M..... G..... jest tylko wskazaniem przykładowym, choć również znajduje się w ich treści. W konsekwencji skoro do reprezentowania całego konsorcjum była umocowana spółka będącej liderem konsorcjum przez jej osoby umocowane, w tym pana M..... A.... M.... G..... to z mocy pełnomocnictw konsorcjalnych mógł on również reprezentować całe konsorcjum.

W drugim wypadku, w ocenie Izby z zakresu pełnomocnictwa pana B..... F..... J..... z dnia 01.02.2008 r. (str. 5 – Składanie ofert i uczestniczenie w przetargach, str. 6 – Przedstawicielstwo przy otwieraniu ofert, Podpisywanie umów na wykonanie zamówień, świadczeń usług i sprzedaż dostaw, str. 9 – Przedstawicielstwo, str. 10 – Arbitraż, 11-Przekazanie uprawnień /Izba wskazuje za wyrokiem SN z 04.11.1998 r.,

sygn. akt: IICK 866/1997, że dla ustalenia woli reprezentowanego konieczne jest sięganie do reguł interpretacyjnych obowiązujących przy tłumaczeniu oświadczeń woli, tj. art. 56 i 65 kc. Dla oceny zakresu pełnomocnictwa mają znaczenie ustalenia dotyczące okoliczności towarzyszących udzieleniu pełnomocnictwa. W tym zakresie całościowy charakter uregulowań zawartych w pełnomocnictwie wyklucza zasadność jego negocjowania, zaś odniesienia do procedury przetargowej i odwoławczej zawarty we wskazanych punktach nie pozwala uznać, że udzielone pełnomocnictwo nie miało dotyczyć procedury odwoławczej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz M..... A.... M.... G..... 24.03.2011 r. (str. 13 - Reprezentacja: (...) Wszczytać powództwa i wnosić skargi oraz formować zarzuty w ramach dowolnych postępowań, czynności lub środków odwoławczych (...).Wszczytać, kontynuować oraz odstępować od zastosowania wszelkich właściwych środków odwoławczych (...), str. 14 – Arbitraż /w tym zakresie Izba uznaje, że stanowisko wyrażonym na posiedzeniu w tym zakresie przez Zamawiającego jest zbyt jednostronne i subiektywne/) wynika, iż odnosi się ono również do postępowań przetargowych, w tym także do postępowań, w wyniku których składane są odwołania. W konsekwencji w ocenie Izby mamy do czynienia z umocowaniem które w swej treści jest wystarczające do składania odwołania, w tym zakresie nie jest konieczne aby KIO zostało wprost wymienione w pełnomocnictwie, aby uznać, że mamy do czynienia z pełnomocnictwem rodzajowym. Jedynie, dla rozwiania dalszych wątpliwości, Izba wskazuje, że pełnomocnictwo z dnia 12.01.2012 r. wprost posługuje się takim sformułowaniem (od pkt d do f).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1718/12 /w tym pełnomocnictwo z dnia 12.01.2012 r./, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego do wyjaśnień oraz uzupełnień z dnia 01.06.2012 r., wyjaśnień i uzupełnienia Odwołującego otrzymanymi przez Zamawiającego 13.06.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, złożonych na rozprawie przez Zamawiającego kopii wyciągów tłumaczeń z j. hiszpańskiego Dekretów Królewskich Królestwa Hiszpanii, tj. Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz z regulacji prawnej dotyczącej hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych (Dekret Królewski Nr 95/2009 znowelizowany w 2011 r.), czy też przykładowego hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że

odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 25 ust.1 Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 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” poprzez ich niewłaściwą wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, iż Odwołujący zobowiązany był przedstawić, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, zaświadczenia właściwego organu sądowego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp dla spółki EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. i MELILOTO S.L., tj. spółek, które w raz z innymi osobami fizycznymi wchodzi w skład organu zarządzającego spółki FCC CONSTRUCCION S.A., i w konsekwencji wykluczenie go z postępowania, z uwagi na nieuzupełnienie żądanych dokumentów, pomimo, iż dokumenty pierwotnie załączone do oferty Odwołującego były prawidłowe i w pełni potwierdzały brak podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp,
- b) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez stawianie wykonawcom nie mającym siedziby w Polsce, w sposób nieuzasadniony obowiązującymi przepisami Pzp, dalej idących wymagań w zakresie udowodnienia braku podstaw do wykluczenia ich z postępowania niż wykonawcom krajowym. Izba z uwagi na ich charakter odnie się do niniejszych zarzutów łącznie, uznając że nie zostały one potwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z postanowieniem pkt 9.1.2. lit. b) Tom I SIWZ Zamawiający wymagał w celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 Pzp, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku, gdy Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 9.1.2 Tom I SIWZ zobowiązany był (zgodnie z pkt 9.3 2 Tom I SIWZ) złożyć „(...) 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, (...)”. Natomiast zgodnie z zapisami pkt 9.5 Tom I SIWZ w przypadku gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w punkcie 9.3. zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio do miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym

Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepisy pkt 9.4 stosuje się odpowiednio.

W dniu 01.06.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP dla spółki EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. oraz spółki MELIOTO S.L. Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. W przypadku osób prawnych Pzp nakazuje poddać badaniu członków zarządu danego wykonawcy. Regulacja art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp nie dotyczy, w ocenie Zamawiającego, wyłącznie osób fizycznych - członków organu zarządzającego. Dyspozycja normy prawnej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp obejmuje także osoby prawne, które (o ile system prawny danego państwa na to zezwala) pełnią funkcję członków zarządu wykonawcy. Zamawiający stwierdził, że jak wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą wykonawcy FCC członkami Zarządu uczestnika konsorcjum FCC CONSTRUCCIÓN SA, oprócz osób fizycznych, są także osoby prawne, tj. spółka EAC IIVERSIONES CORPORATIVAS S.L oraz spółka MELIOTO S.L. Odwołujący w odpowiedzi w dniu 13.06.2012 r. przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia z których wynikało, że w jego ocenie żądanie Zamawiającego było nadmierowe i niedopuszczalne z punktu widzenia Pzp, w tym zakresie przywołał wyrok KIO z dnia 26.01.2011 r., sygn. akt: KIO 63/11 oraz wyrok KIO z dnia 12.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1364/11.

Zamawiający w konsekwencji uzyskanej odpowiedzi podtrzymał swoje twierdzenia zawarte w wezwaniu z dnia 01.06.2012 r. w rezultacie wykluczając (czynność z dnia 03.08.2012 r.) Odwołującego z udziału w postępowaniu – na podstawie art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp, a w konsekwencji odrzucając jego ofertę. Stwierdził, że Wykonawca nie przedłożył dokumentów o niekaralności dla członków zarządu - osób prawnych spółki FCC CONSTRUCCIÓN S.A., tym samym Wykonawca nie wykazał, że w stosunku do urzędujących członków jego organu zarządzającego - spółki EAC INVERSIONES CORPORATIVAS S.L. oraz spółki MELIOTO S.L. - nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 8 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jak i Przystępującego po jego stronie o konieczności złożenia przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego hiszpański odpowiednik zaświadczenia o niekaralności osoby prawnej wchodzącej w skład organu zarządzającego lidera konsorcjum będącego Odwołującym w zakresie art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp, a *de facto* w zakresie art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp. W konsekwencji uznając zarzuty zawarte w odwołaniu.

Należy uznać, że przeciwne stanowisko prowadziło do rozszerzenia zakresu oceny spełniania warunków o nowe nie wymienione w przepisach przesłanki. Stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie, a istotowo będące kontynuacją stanowiska wyrażonego w odwołaniu nie narusza w żadnym razie art. 7 Pzp, gdyż art. 24 ust.1 pkt 4-8 (czy też *de facto* pkt 8) nie dają możliwości wezwania do uzupełnienia, czy też weryfikacji w odniesieniu do zaświadczenia o niekaralności w zakresie art. 24 ust.1 pkt 4-8 (w tym stanie faktycznym pkt 8) wobec osoby prawnej wchodzącej w skład organu zarządzającego tej osoby prawnej która jest Wykonawca w postępowaniu, a nie członkiem zarządu.

Bez względu bowiem na różnice w porządku prawnym hiszpańskim i polskim osoba prawna nie może w tym zakresie popełnić przestępstwo jak osoba fizyczna, a o takich członkach organu zarządzającego stanowi art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp. Przy czym zupełnie inną kwestią jest odpowiedzialność osoby prawnej za przestępstwa popełnione przez osoby fizyczne.

Jednakże należy zauważyć, że także brak jest podstaw do żądania zaświadczenia o niekaralności wobec osoby prawnej wchodzącej w skład organu zarządzającego lidera konsorcjum będącego Odwołującym w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp, gdyż § 4 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje ważne - wprost, że można to uczynić jedynie w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp odsyłając do § 2 ust.1 pkt 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, czyli do aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp. Przedstawione powyżej stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem wyrażonym przez SO w Katowicach – wyrok z dnia 07.06.201 r., sygn. akt: XIX Ga 225/10.

Izba dodatkowo podnosi, że brak jest podstaw do uznania, że w zakresie wynikającym z art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp Ustawodawca rozumiał nie tylko osoby fizyczne, jak podnosił na rozprawie Zamawiający. Argumentacja w tym zakresie dotycząca miejsca zamieszkania osoby fizycznej podniesiona przez Odwołującego na rozprawie, Izba uznaje za słuszną, przychylając się w konsekwencji do niniejszej w całości. Izba uznaje, że przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów łączą miejsce zamieszkania osoby z osobą fizyczną wynika to z § 2 ust. 2, jak i § 4 ust.1 pkt 2, zaś siedzibę z osobą prawną - § 4 ust.1 pkt 1.

Niniejsze przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów z kolei wprost odsyłają do stosownych punktów art. 24 ust.1 Pzp. Izba wielokrotnie uznawała, że takie jest literalne brzmienie niniejszych przepisów. Wyjaśniała także czym jest, czy też jak należy rozumieć miejsce zamieszkania osoby fizycznej – przykładowo wyrok z dnia 29.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1486/10.

Względem przedłożonych na rozprawie wyciągów tłumaczeń z j. hiszpańskiego Dekretów Królewskich Królestwa Hiszpanii, tj. Hiszpańskiego Kodeksu Karnego oraz z regulacji prawnej dotyczącej hiszpańskiego Centralnego Rejestru Skazanych, czy też przykładowego hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności.

Izba nie przeczy możliwości uzyskania po nowelizacji prawa hiszpańskiego zaświadczenia o niekaralności względem osób prawnych, przy czym odsyłając w sposób szczegółowy do wyroku z dnia 22.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1201/12, czy też w szczególności 214 stronicowego uzasadnienia wyroku z dnia 29.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1010/12; KIO 1034/12; KIO 1035/12; KIO 1037/12; KIO 1038/12 stwierdza, że należy takie zaświadczenie łączyć z art. 24 ust.1 pkt 9 Pzp, czyli podmiotami zbiorowymi, wobec których są orzekła zakaz ubiegania się o zamówienie.

Nadto, analogicznie Izba wskazuje, że przedstawione wyciągi tłumaczeń z j. hiszpańskiego Dekretów Królewskich Królestwa Hiszpanii przez Zamawiającego *notabene* zostały one przedłożone również w przywołanych przez Izbę powyżej orzeczeniach, nie dają podstawy do uznania w sposób przesadzający (art. 5, a zwłaszcza 8 lit. a Dekretu Królewskiego 95/2009 znowelizowany w 2011 r.), że Odwołujący mógł przedstawić zaświadczenie o niekaralności osoby prawnej wchodzącej w skład organu zarządzającego tej osoby prawnej która jest Wykonawca w postępowaniu, a nie członkiem zarządu, w zakresie art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp. Przy czym, gdyby nawet uznać taką tezę przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego, to art. 24 ust.1 Pzp nie daje podstaw do weryfikacji w tym zakresie na co Izba wskazywała na wstępie uzasadnienia. W konsekwencji działanie Zamawiającego tzn. wezwanie, a w konsekwencji wykluczenie na podstawie art. 24 ust.1 pkt 8 Pzp nie znajdowało oparcia w przepisach Pzp i stanowiło rozszerzenie obowiązków spoczywających na Wykonawcach mających siedzibę poza terytorium Polski. Ocena braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania kończy się na poziomie urzędujących członków zarządzających tej osoby prawnej, która jest Wykonawcą w postępowaniu (w tym stanie faktycznym lidera konsorcjum będącego Odwołującym), a nie członkiem zarządu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....