

**WYROK**

**z dnia 9 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok – Prezydenta Miasta Białystok, Urząd Miejski w Białymstoku, ul. Słonimska 1**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy ) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę ul. Gen. Wł. Andersa w Białymstoku ba odcinku od skrzyżowania z ul. Tysiąclecia Państwa Polskiego do skrzyżowania z ul. Wasilkowską zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Białystok – Prezydenta Miasta Białystok, Urząd Miejski w Białymstoku, ul. Słonimska 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 września 2011r. za numerem 2011/S 176-288620.

W dniu 14 grudnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewskiego 10 za cenę 49 646 911,73zł., na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102 z ceną 50 373 850,24zł.

W dniu 23 grudnia 2011r. Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Produkcyjna 102 – dalej odwołujący wniosło odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia Strabag sp. z o.o. z postępowania, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy, dopuszczenie dowodu z dokumentów :n wyciągu z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie Kartoteki Karnej w odniesieniu do osoby Pawła Janusza Antonika na okoliczności potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych ustawą. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż prawidłowe wykluczenie wykonawcy wybranego z postępowania spowodowałoby, że oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że wykonawca wybrany w swojej ofercie na potwierdzenie spełniania warunków

udziału w postępowaniu przedłożył dla wykazania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy – zaświadczenie z niemieckiego rejestru Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości z Bonn zaświadczone, że Paweł Janusz Antonik, członek zarządu Strabag nie jest w tym rejestrze notowany. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w odniesieniu do wykonawcy mającego siedzibę w Polsce żądał aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 – 8 ustawy wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert dotyczy wykonawców będących osobami fizycznymi, osobami prawnymi i spółkami prawa handlowego. Odwołujący nie kwestionuje brzmienia §2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (DZ. U. 226 poz. 1817 – dalej rozporządzenie w sprawie dokumentów), ale stanął na stanowisku, że przepis ten nie wyklucza żądania w przypadku podmiotów polskich zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego i że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ograniczył się właśnie do tego zakresu. Podniósł, że zakres objętym rejestrem niemieckim nie odpowiada zakresowi polskiego KRK, gdyż nie obejmuje on skazań, w wyniku których orzeczono karę pieniężną nie przekraczającą więcej niż 90 stawek dziennych i karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy do trzech miesięcy, jeżeli w rejestrze nie jest wpisana inna kara. Zatem w rejestrze niemieckim nie są ujawniane wszystkie skazania i to różni informacje pozyskiwane z tego rejestru od informacji pozyskiwanych z polskiego KRK. Wskazał, że w niemieckim rejestrze nie zostanie ujawnione skazanie za przestępstwo oszustwa, jeśli kara będzie niższa niż wyżej wskazane, a mimo to przestępstwo będzie popełnione. Wskazał na orzeczenie Izby z dnia 19 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 244/09 i KIO/UZP 257/09, wedle którego zaświadczenie uzyskiwane z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn nie odpowiada zakresowi informacji uzyskiwanych z polskiego KRK, ani zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy. Podniósł, że zamawiający wyraźnie od podmiotów polskich wymagał informacji z polskiego KRK, a pkt IV.3 ogłoszenia odnosi się wyłącznie do wykonawców mających siedzibę poza granicą Rzeczypospolitej Polskiej, a takim wykonawcą Strabag sp. z o.o. nie jest. Na poparcie swojego stanowiska powołał wyrok Izby sygn. akt KIO/UZP 148/10 i KIO/UZP 155/10 z dnia 2 marca 2010r. Podniósł, że wykonawca wybrany w innych postępowaniach przed tym samym zamawiającym składał w odniesieniu do osoby Pawła Janusza Antonika zaświadczenie z polskiego KRK, pomimo tego, że ma on miejsce zamieszkania w Niemczech, jako przykład wskazał postępowanie pn. Rozbudowa ulic ul. Ks. Stanisława Suchowolca i ul. Zabłudowskiej oraz pn. Przebudowa ulic w centrum miasta etap I cz. 2 budowa ulicy Kalinowskiego. Według odwołującego świadczy to o wybiórczym traktowaniu przez zamawiającego ofert, a nadto w ocenie odwołującego zamawiający nie zbadał, czy nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i czy zmiana zaświadczenia

z polskiego na niemieckie nie ma wpływu na wynik postępowania i czy urzędujący w polskiej spółce członek zarządu nie był karany w zakresie wskazanym przez ustawę – art. 24 ust.1 pkt 4 – 8 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2011r.

W dniu 27 grudnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 grudnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 – zwany dalej przystępującym. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictw : z dnia 14 września 2011r. znak 403/O/Sp/2011 udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji oraz z dnia 5 października 2011r. znak 425/O/Sp/2011 udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Wedle oświadczenia zgłaszającego kopie przystąpienia zostały przekazane odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 5 stycznia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podniósł, że zdaniem zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów, w sytuacji, gdy członek organu zarządzającego osoby prawnej ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale w kraju tym wydaje się zaświadczenie w przedmiocie karalności, wystarczającym jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby w celu wykazania braku podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Według zamawiającego nie jest wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, gdyż jest oczywiste, że porządki prawne poszczególnych państw się między sobą różnią. Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ, a zamawiający nie ma obowiązku badania pełnej zgodności zaświadczenia z polskim rejestrem karny. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający powołał orzecznictwo tj. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 czerwca 2010r. sygn. akt XIX Ga 225/10 i Izby z dnia 26 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 63/11, z 17 lutego 2011r. sygn. akt KIO 254/11, z 25 marca 2011r. sygn. akt KIO 514/11, z 11 maja 2011r. sygn. akt KIO 854/11, z 5 lipca 2011r. sygn. akt KIO 1306/11 i stwierdził, że to stanowisko jest zgodne również z art. 45 ust. 3 lit. a Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym

za wystarczający dowód niekaralności należy uznać wyciąg z rejestru sądowego. W ocenie zamawiającego przedłożony przez Strabag dokument jest wystarczający i potwierdza brak podstaw wykluczenia. Ponadto zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że ograniczył swoje żądania wyłącznie do zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, gdyż rodzaje dokumentów jakich może żądać od wykonawców określa rozporządzenie w sprawie dokumentów i zamawiającemu nie wolno żądać dokumentów nie wskazanych powyższym rozporządzeniem.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy wybranego, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz informacji o wyniku postępowania. Izba ustaliła, że dokonywane przez zamawiającego modyfikacje ogłoszenia o zamówieniu publicznym jak i siwz, ani wyjaśnienia treści siwz nie dotyczyły przedmiotu sporu.

Izba nie dopuściła dowodu przedłożonego przez odwołującego dowodu z zaświadczenia z polskiego KRK dla Pawła Janusza Antonika, gdyż zakreślona przez odwołującego teza dowodowa nie zmierza do wykazania okoliczności twierdzonych w zarzucie odwołania. Izba uznała także dowody w postaci kserokopii ofert oraz zaświadczeń o niekaralności przedkładanych przez wykonawcę wybranego w innych postępowaniach toczonych przez tego samego zamawiającego, za nie mające związku z przedmiotowym postępowaniem. W szczególności odwołujący nie wykazał, że wymagania postawione przez zamawiającego w tamtych postępowaniach w zakresie obowiązku wykazania braku podstaw wykluczenia były analogiczne jak w przedmiotowym postępowaniu. Izba może badać jedynie czynności i zaniechania zamawiającego wynikające z będącego podstawą sporu postępowania, a zatem nie jest władna ocenić czy decyzje zamawiającego podjęte w innym postępowaniu były prawidłowe czy też nie i czy powinny stanowić wzór dla czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie dopuszczonych dowodów, Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów ogłoszenia o zamówieniu publicznym w pkt. 2 zamawiający wskazał, że w zakresie potwierdzenia nie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy należy przedłożyć:

1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (wg załącznika nr 2);

2) aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do wykonawców będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy (wg załącznika nr 2A);

3) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

4) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

5) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 p. 4 - 8 ustawy wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – dotyczy wykonawców będących osobami fizycznymi, osobami prawnymi i spółkami prawa handlowego;

6) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 p. 9 ustawy wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – dotyczy podmiotów zbiorowych;

Zaś w pkt 3 tej sesji wskazał dokumenty wymagane od podmiotów zagranicznych:

1) Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedkłada zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 2:

1. ppkt 2 – 4 i 6 – składa dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzający, że:

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

2. ppkt 5 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania, albo zamieszkania osoby, której dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Pzp – wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

2) Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 1 lit a - c 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;

3) W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu.

W pkt. V.2. siwz zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w pkt VI.2 i VI.3 siwz zawarł analogiczne postanowienia dotyczące oświadczeń lub dokumentów wymaganych dla wykazania braku podstaw wykluczenia, jak określił, to w ogłoszeniu o zamówieniu.

W ofercie Strabag sp. z o.o. na stronie 44 znajduje się zaświadczenie z Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości w Bonn wystawione dla Pawła Janusza Antonika, gdzie zawarto adnotację „Inhalt: Keine Eintragung”. Na stronie 45 znajduje się tłumaczenie przysięgłego tego dokumentu, gdzie powyższy zwrot przetłumaczono jako „W Rejestrze Skazanych nie notowany”.

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na postawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę drugą pod względem ceny i nie został wykluczony z postępowania, ani jego oferty nie odrzucono, zatem w przypadku uznania zasadności odwołania i wykluczenia wykonawcy Strabag z postępowania, to odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał uzyskać z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego pomimo, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – okoliczność bezsporna. Zgodnie zatem z treścią art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający ma obowiązek ustawowy żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Do takich dokumentów ustawodawca zaliczył także dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Świadczy o tym wprost delegacja ustawowa zawarta w art. 25 ust. 2 ustawy stanowiąc, że przy określaniu w drodze rozporządzenia rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Prezes Rady Ministrów musi uwzględnić, że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego. Potwierdza to także §2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowiąc o obowiązku żądania określonych w tym przepisie dokumentów przez zamawiającego prowadzącego postępowanie w ramach tzw. progów unijnych. To przepis § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi o obowiązku informacyjnym zamawiającego (w powiązaniu z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy), co do tego aby w siwz zamawiający określił dokumenty, jakich żąda od wykonawców. Natomiast § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie stanowi dyspozycji skierowanej do zamawiającego, ale określa sposób potwierdzenia przez wykonawcę braku podstaw wykluczenia, w takiej sytuacji szczególnej, jaką jest fakt sprawowania funkcji zarządczych u polskiego wykonawcy przez osobę nie mającą miejsca zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że skoro zamawiający w ogłoszeniu i siwz nie określił, że wykonawca mający siedzibę w Polsce, ale członków zarządu mających miejsce zamieszkania poza granicami Polski, ma złożyć zaświadczenie o niekaralności pochodzące od organu miejsca zamieszkania tych osób, to dla tych osób należy wyłącznie przedłożyć zaświadczenie z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Izba stoi na stanowisku, że obowiązkiem zamawiającego było określenie jakich dokumentów z katalogu zawartego w §2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów żąda od wykonawców i temu obowiązkowi zamawiający zadość uczynił tak w siwz jak i w ogłoszeniu. Natomiast zamawiający w ocenie Izby nie miał obowiązku przepisywania do ogłoszenia czy siwz dyspozycji rozporządzenia skierowanych do wykonawcy. W szczególności w sytuacji, gdy dyspozycja ta skierowana jest do podmiotu krajowego – wykonawcy mającego siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, który to prawo znać powinien. Dyspozycje te obowiązują wykonawcę z mocy samego prawa, o ile wypełnia on hipotezę przepisu §2 ust. 2 cyt. rozporządzenia. Zatem skoro Strabag sp. z o. o. jest wykonawcą mającym siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a jego członkiem



zarządu jest obywatel niemiecki zamieszkały w Niemczech (poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej) (okoliczności bezsporne), to zachodzi hipoteza § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Taki wykonawca zatem z mocy prawa ma obowiązek dla swojego członka zarządu zamieszkałego w Niemczech w pierwszej kolejności złożyć - zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności takiej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a dopiero gdy takich zaświadczeń w miejscu zamieszkania członka zarządu się nie wydaje – oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego jego miejsca zamieszkania. Z treści § 2 ust. 2 cyt. rozporządzenia nie sposób wywieść dopuszczalności zastąpienia tych dwóch dokumentów zaświadczeniem polskiego Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności wystawionym na rzecz członka zarządu nie mającego w Rzeczypospolitej Polskiej miejsca zamieszkania. Żądanie takie stałoby w sprzeczności z obowiązującym prawem od 30 grudnia 2009r. Izba zatem nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wykonawca wybrany poprzez niezłożenie zaświadczenia z KRK dla Pawła Antonika nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Drugim argumentem, który podniósł odwołujący jest to, że złożone przez wykonawcę wybranego zaświadczenie z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn nie stanowi dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia, bo nie odpowiada swoim zakresem art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, gdyż w prowadzonym w Niemczech rejestrze nie ujawnia się skazań, w wyniku których orzeczono karę pieniężną nie przekraczającą więcej niż 90 stawek dziennych i karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy do trzech miesięcy, jeżeli w rejestrze nie jest wpisana inna kara. Izba nie podziela tego stanowiska. Zakresem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy objęte są skazania za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwa przeciwko środowisku, przestępstwa przekupstwa, przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwa skarbowe lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Odwołujący nie wykazał, że skazania za powyższe przestępstwa nie są ujawniane w rejestrze Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn. Zgodnie z § 4 i § 32.2 ustawy o Federalnym Rejestrze Centralnym – BZRG w niemieckim Rejestrze Skazanych ujawnia się wpisy tylko w przypadkach, gdy sąd orzekł karę pozbawienia wolności przekraczającą trzy miesiące lub karę grzywny przekraczającą 90 stawek dziennych. Odwołujący nie wykazał natomiast, że którykolwiek z czynów

przestępczych określony w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy nie jest ewidencjonowany w niemieckim Rejestrze Skazanych. 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.”, a art. 45 ust. 3 cyt. dyrektywy również określa prymat zaświadczenia właściwego organu, nad oświadczeniem przed właściwym organem, notariuszem, czy organizacją. W ocenie Izby brak jest na gruncie obowiązującego prawa podstaw do przyjęcia, że można wykonawcę mającego siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, którego członek zarządu ma miejsce zamieszkania w Niemczech od obowiązku złożenia zaświadczenia z niemieckiego Rejestru Skazanych i umożliwić mu złożenie oświadczenia, czy tak jak chce tego odwołujący zaświadczenia z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca wprowadzając ust. 2 § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w sposób bardzo racjonalny określił sposób wykazywania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy wobec członków zarządu wykonawcy polskiego mających miejsce zamieszkania za granicą RP. Należy bowiem wskazać, czym jest miejsce zamieszkania. Jest to miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu, skoro tak, to z tą miejscowością wiąże się jej główna aktywność, a więc również wzrasta prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa właśnie na terenie państwa, w którym znajduje się miejsce zamieszkania tej osoby. Tym samym zasadne jest określenie, iż wykonawca dla takiej osoby wykazuje niekaralność w miejscu zamieszkania. Oczywiście jest, że nie oznacza to, iż osoba nie mogła popełnić przestępstwa w innym państwie, np. nie związanym ani z siedzibą wykonawcy, ani z jej miejscem zamieszkania, jednak ustawodawca tak unijny jak i polski musiał wyważyć pomiędzy nadmiernym formalizmem postępowania (wykazaniem, że dana osoba nigdzie na świecie nie była karana za określone przestępstwa), a umożliwieniem zamawiającym zawarcia umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu konkurencyjnym i prowadzonym w rozsądnym terminie. Z tych samych względów Izba przy rozstrzygnięciu, czy zaświadczenie wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości w Bonn odpowiada zakresowi określonemu w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, wzięła pod uwagę, że wyłączenia ujawnienia skazań w Rejestrze Skazanych nie dotyczą rodzaju przestępstw – wszystkie skazania za czyny przestępne mieszczące się w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy są w niemieckim Rejestrze Skazanych ujawniane, nie ujawnia się jedynie skazań o, posługując się polską terminologią prawa karnego, mniejszej społecznej szkodliwości czynu. Zdaniem Izby, jest oczywiste, iż w systemach prawnych poszczególnych państw będą występowały różnice, co do tego, co jest ujawniane w centralnych rejestrach służących ewidencji skazań, jednak takie różnice nie muszą stanowić każdorazowo o niemożności wykazania braku podstaw wykluczenia zaświadczeniem wydawanym w konkretnym państwie. § 2 ust. 2 rozporządzenia posługuje się pojęciem „zaświadczenia dotyczącego niekaralności osób w

zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5- 8 ustawy), zatem dla ustalenia czy takie zaświadczenie jest w danym państwie wydawane istotny jest katalog przestępstw określony w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, a nie wymiar karny czy sposób karania. Jeśli zaświadczenie dotyczy tych czynów przestępnych, to brak jest podstaw do przyjęcia, iż nie jest zaświadczeniem, o którym mowa w tym przepisie. Izba podziela także stanowisko zawarte w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Katowicach i Krajowej Izby Odwoławczej – wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba uznała, że zamawiający uznając przedłożone przez Strabag sp. z o.o. zaświadczenie za prawidłowe, nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie również nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił, że Paweł Antoniuk był skazany za czyn przestępczy mieszczący się w katalogu określonym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. To na odwołującym ciąży obowiązek dowodowy wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący przedłożył natomiast dowody, że Paweł Antoniuk nie był skazany w Polsce za przestępstwo karne ujawniane w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego co najmniej do sierpnia 2010r., a powołany przez niego wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z aktualnego zaświadczenia z KRK, które Izba miałaby na potrzeby postępowania uzyskać, miał zmierzać do udowodnienia tezy, że Strabag spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem dowodzić, że Paweł Antonik również na dzień dzisiejszy nie był ujawniony w Krajowym Rejestrze Skazanych. Zatem żaden z wnioskowanych dowodów nie wskazywał choćby z najmniejszym prawdopodobieństwem, że Paweł Antonik był karany czy to w Polsce czy w miejscu swojego zamieszkania za przestępstwa określone w katalogu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Sam zarzut odwołującego poczyniony na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprowadza się nie do wykazania, że zamawiający zaniechał wykluczenia Strabag, mimo tego, że miał podstawy do przyjęcia, że złożono nieprawdziwe informacje, a w rzeczywistości jedynie do tego, że w ocenie odwołującego z faktu nie przedłożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Pawła Antonika zamawiający powinien był wywieść, że firma Strabag ma coś do ukrycia i zataja istotne informacje dla postępowania. Jednakże zamawiający nie może wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jakiegokolwiek wykonawcy bez wykazania mu, że takie nieprawdziwe informacje złożył. Zatem aby można było mówić o zaniechaniu wykluczenia na tej podstawie odwołujący powinien wykazać, że dysponuje dowodami, z których wynika, że informacje złożone przez innego wykonawcę w postępowaniu są nieprawdziwe. Temu trudowi dowodowemu odwołujący nie podołał. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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**

.....