

Sygn. akt: KIO/63/11

WYROK

z dnia 26 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2011 r. przez **Hydrobudowę Gdańsk S.A., ul Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, ul. Portowa 6, 72-330 Mrzeżyno**

przy udziale:

- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, Moebius-Bau Polska Sp. z o.o., ul. Mieszka I 31, 71-011 Szczecin, Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft, Brandstücken 18, 22549 Hamburg, Bunte Polska Sp. z o.o., ul. Raduńska 6, 01-681 Warszawa, Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG, Hauptkanal links 88, 26871 Papenburg, Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 69, 70-382 Szczecin**
- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, Acciona Infraestructuras S.A., Madryt, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobednas, Hiszpania, Biuro Projektów B.P.B.M. "BIMOR" Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 67/68, 70-382 Szczecin,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

oraz Wykonawcy: **Energopol - Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Hydrobudowę Gdańsk S.A., ul Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** i do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Hydrobudowę Gdańsk S.A., ul Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk**.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „*Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie*” zostało wszczęte przez Zarząd Portu Morskiego Mrzeżyno, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 223-341383) w dniu 17 listopada 2010 r.

W dniu 3 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 13 stycznia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Hydrobudowę Gdańsk S.A., zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 17 stycznia 2011 r. Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyły dwa konsorcja Wykonawców – odpowiednio:

- Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Moebius-Bau Polska Sp. z o.o., Josef Möbius Bau-Aktiengesellschaft, Bunte Polska Sp. z o.o., Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG, Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Sp. z o.o., zwani dalej łącznie Konsorcjum DORACO,
- Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Biuro Projektów B.P.B.M."BIMOR" Sp. z o.o., zwani dalej łącznie Konsorcjum MOSTOSTAL.

W tym samym dniu Wykonawca: Energopol - Szczecin S.A. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestników postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Hydrobudowy Gdańsk S.A.:

Odwołanie zostało wniesione wobec uznania przez Zamawiającego, iż Konsorcjum DORACO oraz Konsorcjum MOSTOSTAL wykazały w sposób należyty, że brak wobec nich podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z § 4 ust. 1 pkt 2) oraz § 4 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej Rozporządzeniem o dokumentach. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż poprzez powołaną czynność naruszył ponadto art. 45 ust. 1 in fine Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r. z późn. zm.), zwanej dalej Dyrektywą 2004/18/WE, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu uchylenia decyzji o dopuszczeniu Konsorcjum DORACO oraz Konsorcjum MOSTOSTAL do dalszego etapu postępowania, wykluczenie tych Wykonawców z udziału w postępowaniu oraz dopuszczenie do dalszego etapu postępowania jedynie Odwołującego oraz Energopol - Szczecin S.A.

Mając na celu uzasadnienie podniesionych przez siebie zarzutów, Odwołujący twierdził, iż z art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE wywieść należy, iż w toku w toku analizy poprawności dokumentów należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę krajowe przepisy Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub osoby, co do której przedkładanie jest stosowne zaświadczenie. W tym kontekście wywodził, iż zakres danych ujawnianych w zaświadczeniach wydawanych z polskiego Krajowego Rejestru Karnego nie jest tożsamy z zakresem danych ujawnianych w świadectwach o niekaralności wydawanych przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn (zaświadczenie o niekaralności o wydawane w oparciu o przepisy prawa Republiki Federalnej Niemiec). Analogiczna sytuacja ma miejsce, zdaniem Odwołującego, w przypadku zaświadczenia o niekaralności wydawanego przez Centralny Rejestr Skazanych w Królestwie Hiszpanii. Odwołujący ponadto podnosił, iż w odniesieniu do dokumentów wystawianych w Królestwie Hiszpanii istotny jest ponadto fakt, iż tracą one

ważność po upływie trzech miesięcy od daty wystawienia. Na rozprawie przed Izbą, wobec treści opinii prawnej, którą sam przedłożył, zmodyfikował swe twierdzenia w tym zakresie, oświadczając, iż obecnie dokumenty te nie są objęte trzymiesięcznym okresem ważności, a jedynie informacją, iż poświadczają stan na datę ich wystawienia.

Uwzględniając powyższe Odwołujący twierdził, iż z uwagi na różne zakresy informacji ujawnionych czy to w dokumentach niemieckich, czy hiszpańskich, w odniesieniu do analogicznych dokumentów polskich, właściwe jest, aby Wykonawcy składali również oświadczenie przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W kontekście powyższych tez, Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum DORACO w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w odniesieniu dla wskazanych w odwołaniu osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego poszczególnych konsorcjantów złożyło jedynie odpowiednie świadectwa o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn. Wskazywał także, iż Konsorcjum MOSTOSTAL w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w odniesieniu dla wskazanych w odwołaniu osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego jednego z konsorcjantów złożyło jedynie zaświadczenia o niekaralności wydane przez Centralny Rejestr Skazanych prowadzony w Królestwie Hiszpanii wystawione wcześniej niż trzy miesiące od daty upływu terminu na składnia nie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem, w ocenie Odwołującego, po upływie terminu ich ważności.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Stanowisko Przystępującego – Energopol - Szczecin S.A.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego – Zarządu Portu Morskiego Mrzeżyno:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego.

Stanowisko Przystępującego – Konsorcjum DORACO:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, na piśmie oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniósł sprzeciw, co do tegoż uwzględnienia.

Podnosił on, iż z żadnego z przepisów prawa nie wynika obowiązek porównywania przez Zamawiającego zakresów informacji objętych dokumentami zagranicznymi w odniesieniu do polskich zaświadczeń o niekaralności. Wskazywał, iż nie sposób ustalić zakresu takiego porównania. Mogłoby ono, jak chce tego Odwołujący, ograniczać się tylko do wymiaru kary, ale przecież można porównywać również katalogi poszczególnych przestępstw. W ocenie Przystępującego odwołanie powinno zostać oddalone.

Stanowisko Przystępującego – Konsorcjum MOSTOTAL:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, na piśmie oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniósł sprzeciw, co do tegoż uwzględnienia.

Przystępujący twierdził, iż złożył on wszystkie wymagane przepisami Rozporządzenia o dokumentach i postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu. Podnosił on, iż Odwołujący we własnej argumentacji pomija brzmienie § 4 ust. 1 pkt 2) oraz § 4 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach, a także nie uwzględnia faktu, iż jedną z naczelnych zasad tak Dyrektywy

2004/18/WE, jak i ustawy Pzp, jest niedyskryminowanie podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie członkowskim.

Podnosił, iż osoby wskazane w odwołaniu nie są urzędującymi członkami zarządu, ponieważ zgodnie ze stanem faktycznym funkcje te zostały powierzone osobom prawnym, co do których nie ma obowiązku wykazywać braku podstawy do wykluczenia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Dokumenty odnoszące się do osób wskazanych w odwołaniu, zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, zostały złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie z daleko posuniętej ostrożności.

Przystępujący podkreślał, iż przepisy prawa hiszpańskiego nie określają obecnie terminu ważności zaświadczenia o niekaralności wydanego przez Centralny Rejestr Skazanych.

Twierdził także, iż w świetle przepisów prawa wspólnotowego, jeżeli prawo krajowe państwa pochodzenia osoby przedkładającej zaświadczenie o niekaralności stanowi, iż zaświadczenie to zostało wystawione w sposób prawidłowy, to Instytucja Zamawiająca innego państwa członkowskiego zobowiązana jest uznać tak przedstawione zaświadczenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, w zgłoszeniach przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też na piśmie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

W toku posiedzenia Izba ustaliła również, iż Zamawiający podtrzymał złożone w piśmie z 17 stycznia 2011 r. oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba uznała, iż Zamawiający nie zmodyfikował tego oświadczenia treścią pisma z 20 stycznia 2011 r. Z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku posiedzenia oraz z treści rzezonego pisma, wynika, w ocenie Izby,

iż nie zamierzał on jedynie uczynić zadość wszystkim żądaniom w odwołaniu zawartym, innymi słowy dokonał on błędu w użytej terminologii – z analizy tegoż pisma wynika, iż nie dokonał on prawidłowego rozróżnienia między zarzutami a żądaniem. W ocenie Izby nie zmodyfikował on jednakże samego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zostało złożone przez Zamawiającego przed rozpoczęciem posiedzenia Izby z udziałem Stron.

W toku posiedzenia z udziałem Stron Izba ustaliła ponadto, iż Przystępujący: tak Konsorcjum DORACO, jak i Konsorcjum MOSTOSTAL, podtrzymali wniesione przed rozpoczęciem posiedzenia sprzeciwy wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dokumenty złożone przez Odwołującego oraz Przystępującego (Konsorcjum MOSTOSTAL), tak przed rozprawą, jak i w jej toku. Ponadto Izba postanowiła uwzględnić, jako dowód w sprawie, także treść wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załączonymi do nich dokumentami złożonych przez Przystępujących (Konsorcjum DORACO i Konsorcjum MOSTOSTAL). Ich oryginały przedstawiono Izbie do wglądu – Zamawiający nie przedstawił kopii powołanych wniosków w ramach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej Izbie i potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności podniesionych przez Odwołującego zarzutów, Izba ustaliła, iż Zamawiający w poszczególnych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu powielił treść art. § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 1 pkt 2) i § 4 ust. 2 i 3 Rozporządzenia o dokumentach.

Izba ustaliła ponadto, iż Konsorcjum DORACO w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w odniesieniu dla wskazanych w odwołaniu osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego poszczególnych konsorcjantów złożyło jedynie odpowiednie świadectwa o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn.

W odniesieniu do dokumentów złożonych przez Konsorcjum MOSTOSTAL wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, iż złożyło ono w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w odniesieniu dla wskazanych w odwołaniu osób złożyło jedynie zaświadczenia o niekaralności wydane przez Centralny Rejestr Skazanych prowadzony w Królestwie Hiszpanii wystawione wcześniej niż trzy miesiące od daty upływu terminu na składnia nie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak nie wcześniej niż sześć miesięcy od tejże daty.

Żaden z dwóch Przystępujących nie złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dodatkowo, obok przywołanych zaświadczeń, odnoszących się do osób wskazanych przez Odwołującego odpowiednich oświadczeń złożonych przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W ocenie Odwołującego stanowiło to podstawę do wykluczenia obu Przystępujących z udziału w postępowaniu.

Izba stoi na stanowisku, iż w świetle obowiązujących przepisów prawa, wystarczającym jest, aby w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp Wykonawca, którego urzędujący członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, złożył zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby (odpowiednio: § 2 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i § 4 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Dopiero w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby (analogicznie: § 2 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i § 4 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach dla Wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Tym samym ustawodawca w zakresie tych dwóch rodzajów dokumentów – zaświadczenia właściwego organu i oświadczenia złożonego przed odpowiednim organem – pierwszeństwo przyznał zaświadczeniu. Dopiero gdy w danym kraju nie wydaje się takich zaświadczeń, należy złożyć

odpowiednie oświadczenie. Z przepisów tych nie wynika, w ocenie Izby, jakby chciał tego Odwołujący, obowiązek uzupełniania zaświadczenia wydanego przez właściwy organ dodatkowo powołanym oświadczeniem. Z przywołanych przepisów nie wynika bowiem postulowany przez Odwołującego obowiązek Zamawiającego porównywania porządków prawnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz kraju zamieszkania osoby, której dotyczy przedkładane zaświadczenie. Z powołanych przepisów wynika jedynie, że zaświadczenie ma być wystawione w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp (zaś w przypadku Wykonawców mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Pzp). Nie jest wymagane, aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca uwzględnił bowiem fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na Zamawiającego obowiązku badania tych różnic. Przepisy prawa nie wymagają także, jak już była o tym mowa, aby zaświadczenie takie musiało być wzmocnione dodatkowo oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem na ewentualność istnienia różnic między systemem prawa Rzeczypospolitej Polskiej, a systemem prawa państwa, w którym znajduje się miejsce zamieszkania osoby, której to zaświadczenie dotyczy.

Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby pustymi te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego organu o niekaralności. W każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy w kraju tym nie wydaje się takich zaświadczeń, istniałby bowiem obowiązek składania odpowiednich oświadczeń przed właściwym organem. Naturalnym bowiem jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw – w zakresie zaświadczeń o niekaralności należałoby porównywać zatem nie tylko wysokość kary, jaką zagrożone są poszczególne przestępstwa, jak chciał tego Odwołujący, ale równie dobrze można byłoby dokonywać porównań w zakresie katalogu poszczególnych przestępstw czy znamion każdego z czynów zabronionych. W ocenie Izby, stanowisko takie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Zasadnym wydaje się wskazać, iż także na gruncie Dyrektywy 2004/18/WE ukształtowano analogiczną regulację. Art. 45 ust. 3 lit. a) powołanej Dyrektywy w sposób wyraźny przyznaje prymat wyciągowi sądowemu lub dokumentowi wydanemu przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. Zgodnie z przepisem tym dokumenty te należy uznać za wystarczające dla uznania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak na gruncie polskiego Rozporządzenia o dokumentach, Dyrektywa 2004/18/WE w art. 45 ust. 3 stanowi,

że dopiero, gdy w danym kraju nie wydaje się takich dokumentów, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przed odpowiednim organem.

Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku z dnia 29 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 303/10 (orzeczenie to zostało utrzymane w mocy wyrokiem z dnia 7 czerwca 2010 r. Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. XIX Ga 225/10) lub w sprawie o sygn. KIO/2131/10.

Kierując się tak dokonaną wykładnią przepisów prawa oraz wobec braku sporu pomiędzy Stronami, co do istniejących różnic pomiędzy systemami prawa Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Federalnej Niemiec i Królestwa Hiszpanii, złożone tak przez Odwołującego, jak i przez Konsorcjum MOSTOSTAL, opinie prawne w tym zakresie Izba uznała za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Konsorcjum DORACO składając w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w odniesieniu dla wskazanych w odwołaniu osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego poszczególnych konsorcjantów jedynie odpowiednie świadectwa o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn uczyniło zadość obowiązującym przepisom prawa. Tym samym Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił kompletność dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę. Tym samym Izba uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego w odniesieniu do Konsorcjum DORACO za niezasadne.

Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do jednego z Wykonawców, wchodzącego w skład Konsorcjum MOSTOSTAL, do którego odnoszą się zarzuty podnoszone przez Odwołującego, tj. w odniesieniu do Acciona Infraestructuras S.A., 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 funkcję. 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 swoją siedzibę w Królestwie Hiszpanii należy dokonywać rozszerzonej weryfikacji, której nie przewidują przepisy Pzp. Odmienne postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

Dlatego też bez znaczenia pozostaje w rozpatrywanej sytuacji problem ważności zaświadczeń wydawanych w Królestwie Hiszpanii. Niemniej jednak na marginesie, należy zauważyć, iż Strony zgodnie oświadczyły na rozprawie przed Izba, iż w obecnie obowiązującym w Królestwie Hiszpanii stanie prawnym, ważność zaświadczeń o niekaralności wydanych przez Centralny Rejestr Skazanych nie jest w żaden sposób ograniczona. Tym samym w ocenie Izby, wobec nieuregulowania kwestii ważności dokumentów potwierdzających niekaralność w przepisach Dyrektywy 2004/18/WE, zagadnienie to rozstrzygają przepisy prawa krajowego. Stąd zastosowanie znaleźć powinny przepisy polskiego prawa, tj. § 4 ust. 2 Rozporządzenia o dokumentach.

Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego w odniesieniu do Konsorcjum MOSTOSTAL za niezasadne

Izba uznała zatem, iż Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, iż brak wobec każdego z dwóch Przystępujących podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Tym samym podjęte przez niego działania nie mogło także naruszać przywołanych przez Odwołującego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:

.....