Sygn. akt: KIO 30/19

WYROK
z dnia 22 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Dominik Hączykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „O.K. Ratownictwo Wodne Asekuracja", ul. Ogrodowa 1, 41-215 Sosnowiec,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. 3 Maja 41, 41-200 Sosnowiec,**

przy udziale wykonawcy **Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50,50-227 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy K.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „O.K. Ratownictwo Wodne Asekuracja", ul. Ogrodowa 1, 41-215 Sosnowiec oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportui Rekreacji, ul. 3 Maja 41, 41-200 Sosnowiec**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „O.K. Ratownictwo Wodne Asekuracja", ul. Ogrodowa 1, 41-215 Sosnowiec**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od zamawiającego: **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. 3 Maja 41,41-200 Sosnowiec**, na rzecz odwołującego **K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „O.K. Ratownictwo Wodne Asekuracja", ul. Ogrodowa 1, 41-215 Sosnowiec**, kwotę **11 417 zł 00 gr** (jedenaście tysięcy czterysta siedemnaście złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na rozprawę i opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 30/19

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. 3 Maja 41, 41-200 Sosnowiec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa usługa w zakresie ratownictwa wodnego na terenie obiektu Pływalnia Kryta, ul. Bohaterów Monte Cassino 46 w Sosnowcu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 grudnia 2018 r. nr 661626-N-2018. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty: oferta wykonawcy K.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „O.K. Ratownictwo Wodne Asekuracja", ul. Ogrodowa 1, 41-215 Sosnowiec (dalej: „odwołujący") oraz oferta wykonawcy Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław. Pismem z dnia 4 stycznia 2019 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp".

W dniu 9 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 53 § 2 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2018 r., poz. 1958 z późn. zm.), poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, w związku z bezpodstawnym stwierdzeniem przez zamawiającego popełnienia przez odwołującego przestępstwa skarbowego, pomimo że z dokumentu uzyskanego przez zamawiającego wynikało wprost, iż odwołujący był skazany za czyn z art. 79 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 395 z późn. zm.), który nie stanowi przestępstwa skarbowego,

z ostrożności w ramach zarzutu ewentualnego (tj. w razie nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1):

2)art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp poprzez posłużenie się przez zamawiającego dokumentem nieaktualnym, nie mogącym posłużyć jako dowód istnienia podstawy wykluczenia odwołującego w postaci skazania za przestępstwo skarbowe, albowiem dokument ten stwierdza stan na dzień 5 grudnia 2016 r., ale pomimo tego zawiera informację o całkowitym wykonaniu kary grzywny przez odwołującego w dniu 30 września 2016 r., co skutkowało obowiązkiem przyjęcia, iż doszło do zatarcia skazania, zgodnie art. 107 § 4a k.k. przewidującym zatarcie skazania z mocy prawa z upływem roku od wykonania kary, powodującym - w myśl art. 106 k.k. - uznanie skazania za niebyłe i usunięcie wpisu z rejestru,

3)art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 106 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 z późn. zm.) poprzez uznanie, iż wobec odwołującego istniały podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci skazania za przestępstwo skarbowe, podczas gdy prawo karne przewiduje instytucję zatarcia skazania na karę grzywny, następującego z mocy prawa z upływem roku od wykonania, które nastąpiło w dniu 30 września 2016 r. (co wynika z posiadanej przez zamawiającego informacji z Krajowego Rejestru Karnego), co skutkowało obowiązkiem przyjęcia, iż doszło do zatarcia skazania, zgodnie z art. 107 § 4a k.k. przewidującym zatarcie skazania z mocy prawa z upływem roku od wykonania kary, powodującym - w myśl art. 106 k.k. - uznanie skazania za niebyłe i usunięcie wpisu z rejestru, a zatem wobec odwołującego nie istniały podstawy do wykluczenia, albowiem na dzień dokonania wykluczenia należało uznać skazanie za niebyłe.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„W ocenie Zamawiającego złożenie przez Odwołującego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia stoi w sprzeczności z informacją z Krajowego Rejestru Karnego jaką pozyskał Zamawiający, a z której wynika okoliczność

skazania Odwołującego na przestępstwo z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości.

Powyższe założenia poczynił Zamawiający wskutek błędnego przyjęcia, że przestępstwo, którego popełnienie zostało przez niego stwierdzone na podstawie „Informacji o osobie Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącej Odwołującego K.O.", stanowi przestępstwo skarbowe. Z powyższym wnioskowaniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, bowiem zostało ono dokonane contra legem, skutkując wykluczeniem Odwołującego z postępowania z naruszeniem przepisów ustawy. Nieprawidłowość postępowania Zamawiającego w powyższym zakresie można w sposób jednoznaczny stwierdzić wskutek samego już tylko odwołania się do definicji legalnej pojęcia „przestępstwo skarbowe", zawartej w art. 53 § 2 k.k.s. Powołany powyżej przepis prawa stanowi, iż „przestępstwo skarbowe jest to czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności." Należy mieć na względzie, iż dokonując wykładni definicji legalnej pojęcia, nie jest dozwolone stosowanie wykładni rozszerzającej, tym bardziej mającej na celu wyeliminowanie w sposób nieuprawniony Odwołującego, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Przechodząc do rozważenia sygnalizowanej kwestii należy zatem jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, iż zgodnie z cytowanym powyżej przepisem prawa, przestępstwa skarbowe to przestępstwa zindeksowane wyłącznie w ramach części szczegółowej Kodeksu karnego skarbowego. Nie sposób zatem przyjąć, iż jakiekolwiek inne przestępstwa, tj. czyny zabronione przez obowiązującą ustawę, a usystematyzowane w innych aktach prawnych, można uznać za przestępstwo skarbowe. Powyższe zabiegi interpretacyjne należałoby uznać za nadużycie, dokonane wbrew obowiązującej definicji legalnej powoływanego pojęcia, która nie może być - co do przyjmowanego znaczenia - zawężana lub rozszerzana w zależności od potrzeb i celów jej odbiorcy.

Niniejszego uchybienia w procesie wnioskowania dopuścił się jednakże bezsprzecznie Zamawiający, dokonując błędnej kwalifikacji pojęciowej w ten sposób, iż za przestępstwo skarbowe uznał przestępstwo, które w istocie rzeczy takim przestępstwem nie jest. Z informacji o karalności Odwołującego K.O. wynika, iż był on karany wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice - Wschód w Katowicach (…), za czyny z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości i na podstawie powyższych przepisów w zw. z art. 33 § 1 k.k. i 33 § 3 k.k., przy zast. art. 86 § 1 k.k. i art. 86 § 2 k.k., wymierzono mu karę na gruncie Kodeksu karnego w aktualnym wówczas brzmieniu.

Należy zatem stwierdzić, iż nie tylko sama kwalifikacja prawna czynu - w kontekście powołanej definicji legalnej pojęcia przestępstwo skarbowe - nie pozwalała na przyjęcie, iż przestępstwo stwierdzone na podstawie doręczonej Zamawiającemu Informacji o osobie Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącej wykonawcy K.O., jest przestępstwem skarbowym, ale do tożsamych wniosków winna prowadzić analiza sankcji wymierzonych Odwołującemu. Z całą stanowczością prawidłowo przeprowadzony proces logiczny, prowadziłby do wniosków, iż Odwołujący K.O., nie jest karany za popełnienie przestępstwa skarbowego.

Powyższy wywód prowadzi bowiem do jednoznacznej konstatacji, iż czynów karalnych określonych ustawą o rachunkowości (w tym w jej art. 79 pkt 4), a zatem upraszczając, stypizowanych poza Kodeksem karnym skarbowym, nie sposób zakwalifikować jako czyny stanowiące przestępstwa skarbowe. Są to z całą stanowczością czyny zabronione pod groźbą kary, jednakże nie są to przestępstwa skarbowe. Prawidłowo przeprowadzony proces logiczny, prowadzi do wniosków, iż Wykonawca K.O., nie jest karany za popełnienie przestępstwa skarbowego, co jednoznacznie wynika z Informacji Krajowego Rejestru Karnego o karalności Wykonawcy i nie może być przedmiotem dowolnej interpretacji. (…)

Przechodząc do zarzutów ewentualnych, podniesionych z ostrożności, należy wskazać, iż Zamawiający - w celu stwierdzenia karalności za przestępstwo skarbowe Odwołującego - posłużył się nieaktualnym dokumentem, a to Informacją o osobie z Krajowego Rejestru Karnego, stwierdzającą karalność na dzień 5 grudnia 2016 r.

W pierwszej kolejności uznać należy, iż data wydania niniejszego dokumentu ma kluczowe znaczenie przy ocenie możliwości wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to z uwagi na fakt, iż upływ czasu wywiera decydujący wpływ na okoliczność skazania za przestępstwo. Prawo karne przewiduje instytucję zatarcia skazania, której zastosowanie prowadzi do uznania skazania za niebyłe. Pomimo, iż Zamawiający posłużył się dokumentem nieaktualnym, wskazać należy, iż wynika z niego wprost, iż w niniejszej sprawie doszło do zatarcia skazania, albowiem dokument ten zawiera informację o wykonaniu kary grzywny w dniu 30 września 2016 r.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 107 § 4a k.k. zatarcie skazania z mocy prawa następuje z upływem roku od wykonania kary grzywny, tj. w niniejszym przypadku z upływem 30 września 2017 r. Zatarcie skazania powoduje uznanie skazania za niebyłe, a wpis o skazaniu usuwa się z rejestru. Wobec powyższego, Zamawiający winien posłużyć się dokumentem aktualnym, który uwzględniałby zastosowanie niniejszej instytucji. Niniejsze prowadzi do wniosku, iż w chwili złożenia oferty Odwołujący był niekarany. Tymczasem jak wskazuje się w doktrynie, zatarcie skazania ma ten skutek, że Skazany zostaje zwolniony z ponoszenia skutków skazania, a wobec tego nie można stosować wobec niego żadnych ograniczeń, wiążących się ze skazaniem (M. Surkont, Prawo karne). Skoro zatem Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty, w tym zgodne z prawdą oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy".

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego.

Pismem z dnia 14 stycznia 2019 r. wykonawca Fundacja Wodna Służba Ratownicza, ul. Kleczkowska 50, 50-227 Wrocław (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa w zakresie ratownictwa wodnego na terenie pływalni w Sosnowcu.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę, wobec którego zaistnieją przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Załącznikiem nr 3 do siwz był formularz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie m.in. art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp.

Termin składania ofert upłynął w dniu 21 grudnia 2018 r. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty:
- oferta odwołującego z ceną 379.058,40 zł,
- oferta przystępującego z ceną 383.819,52 zł.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył m.in. oświadczenie o tym, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 grudnia 2018 r. przystępujący, działając na podstawie art. 181 ustawy Pzp, zawiadomił

zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego. W ww. piśmie przystępujący stwierdził: „Wybrany przez Zamawiającego Wykonawca Ratownictwo Wodne Asekuracja winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania. Z powziętych przez mojego Klienta informacji Prezes Zarządu wybranego Wykonawcy - O.K. został skazany przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach prawomocnym wyrokiem z dnia (…) za przestępstwo skarbowe stypizowane w art. 79 pkt 4 Ustawy z dnia 29 września 1994r. o Rachunkowości (Dz. U. 2013 poz. 330 z późn. zm.).

Niewątpliwie czyny opisane w art. 79 ustawy o rachunkowości są przestępstwami, a nie wykroczeniami. Podlegają więc regulacjom Kodeksu karnego, a nie Kodeksu wykroczeń, toteż wypełnia przesłankę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c pzp tj. z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawcę prawomocnie skazanego za przestępstwa skarbowe. Jednocześnie zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 7 pkt 1 pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 13 lit. a-c i pkt 14, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach została skazana za przestępstwo wymienione w ust. 1 pkt 13 lit. a-c, jeżeli nie upłynęło 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia.

Zaznaczyć należy, że Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia w zależności od rodzaju przestępstwa, zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 1 pzp, upłynęło nie więcej niż pięć lat.

Wobec powyższego na podstawie art. 181 ust. 2 p.z.p. wzywamy do wykluczenia Wykonawcy Ratownictwo Wodne Asekuracja, dokonania czynności zaniechanej w postaci wyboru oferty Fundacja WSR, oraz poinformowania o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności”.

Do ww. pisma przystępujący dołączył kopię informacji z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 05.12.2016 r., z której wynika, że odwołujący został skazany za czyn, o którym mowa w art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości w zw. z art. 33 § 1 i 3 kodeksu karnego oraz art. 85 § 1, art. 86 § 1 i 2 kodeksu karnego, a także że w dniu 30.09.2016 r. wykonano karę grzywny.

Pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego, że wpłynęła informacja o tym, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c) ustawy Pzp i wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w tej sprawie.

Pismem z dnia 3 stycznia 2019 r. odwołujący złożył wyjaśnienia o następującej treści:
„Powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy o zamówieniach publicznych, oświadczenie składane do przetargu o braku podstaw wykluczenia z postępowania jest w pełni zasadne. Informacje osobowe z krajowego rejestru karnego wskazują wyrok sądu sygn. akt (…) grzywny za nieterminowe złożenie sprawozdań finansowych firmy Ratownictwo Wodne Asekuracja Sp. z o.o., której byłem prezesem z siedzibą (…). Art 79 pkt 4 Ustawy o rachunkowości zawarty w wyroku sądu wyraźnie wskazuje, iż dotyczy on sprawozdań finansowych na rzecz administracji publicznej. Grzywna została zapłacona co wynika z w/w pisma. Obecnie Ratownictwo Wodne Asekuracja z siedzibą w Sosnowcu ul. Ogrodowa 1 nie posiada żadnych zaległości finansowych. W załączniku przesyłam zaświadczenie o niezaleganiu z Urzędu Skarbowego”. Do ww. pisma odwołujący dołączył zaświadczenie o braku zaległości podatkowych na dzień 22.11.2018 r.

Pismem z dnia 4 stycznia 2019 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „W niniejszym postępowaniu wykonawca złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, które w ocenie zamawiającego stoi w sprzeczności z informacją z Krajowego Rejestru Karnego, jaką pozyskał zamawiający, a która to informacja wskazuje na popełnienie przez Pana K.O. przestępstwa skarbowego z art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości.

Wezwaniem z dnia 3 stycznia 2019 r. zamawiający umożliwił wykonawcy złożenie stosownych wyjaśnień, lecz wykonawca oświadczył jedynie, iż wyrok sądu nie dotyczył jego osoby, lecz jego osoby jako prezesa spółki Ratownictwo Wodne Asekuracja.

Zamawiający uważa, że złożone wyjaśnienia nie negują obowiązku wykluczenia, z uwagi na fakt, iż przeszkoda określona w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. c dotyczy osoby fizycznej, niezależnie od tego jaką pełni funkcję i niezależnie od tego za działalność jakiego podmiotu nastąpiła karalność za czyn stanowiący przestępstwo skarbowe.

W wyznaczonym terminie wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na skrócenie terminu przedawnienia przestępstwa skarbowego, o którym mówi art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Złożone wraz z ofertą oświadczenie wykonawcy, iż nie występują żadne podstawy do wykluczenia z postępowania wprowadziło w błąd zamawiającego i mogło mieć istotny wpływ na jego decyzje, jakim w szczególności jest wybór najkorzystniejszej oferty”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo skarbowe. Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 13 lit. a-c i pkt 14, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach została skazana za przestępstwo wymienione w ust. 1 pkt 13 lit. a-c, jeżeli nie upłynęło 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia.

Zgodnie z art. 53 § 1 zdanie drugie kodeksu karnego skarbowego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.), zwanego dalej „kks”, określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym kodeksie. Zgodnie z art. 53 § 2 kks przestępstwo skarbowe jest to czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności.

Zgodnie z art. 107 § 4a kodeksu karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), zwanego dalej „kk”, w razie skazania na grzywnę zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. Zgodnie z art. 106 kk, z chwilą zatarcia skazania uważa się je za niebyłe; wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych.

Analizując powyższe przepisy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że z art. 53 § 1 i 2 kks wyraźnie wynika, że przestępstwami skarbowymi są wyłącznie czyny zabronione określone w tymże kodeksie (kodeksie karnym

skarbowym). Tak określona definicja przestępstwa skarbowego nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, tym samym do przestępstw skarbowych nie mogą być zaliczane czyny zabronione określone w innych aktach prawnych. W konsekwencji nie można przyjąć, że czyn, za który został skazany odwołujący, tj. czyn, o którym mowa w art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości, jest przestępstwem skarbowym.

W szczególności nie można zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że treść rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.10.2015 r. *w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom* (Dz.U. poz. 1725 ze zm.) stanowi podstawę do uznania, że czyn z art. 79 ustawy o rachunkowości jest przestępstwem skarbowym. Zgodnie z § 2 ust. 2a ww. rozporządzenia: Uprawnienia do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach o przestępstwa określone w art. 77–79 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2016 r. poz. 1047 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 61 i 245) przysługują także:

1)naczelnikowi urzędu celno-skarbowego – w sprawach z zakresu kontroli celno-skarbowej;

2)naczelnikowi urzędu skarbowego – w pozostałych sprawach.

Po pierwsze, należy jednak zauważyć, że akt prawny, jakim jest rozporządzenie, nie może zmienić treści aktu wyższego rzędu, jakim jest ustawa, tym samym nie może rozszerzać definicji przestępstwa skarbowego zawartej w art. 53 § 2 kks. Po drugie, sam fakt, że ww. rozporządzenie wskazuje jako organy właściwe w sprawach o przestępstwa z zakresu rachunkowości m.in. urzędy skarbowe, nie przesądza o tym, że przestępstwa te automatycznie stają się przestępstwa skarbowymi. Należy bowiem zwrócić uwagę, że art. 28 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 508 ze zm.) wymienia zadania naczelnika urzędu skarbowego i wśród tych zadań w ust. 1 punkcie 10 i 11 odrębnie wymienia:

10) rozpoznawanie, wykrywanie i zwalczanie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, zapobieganie tym przestępstwom i wykroczeniom oraz ściganie ich sprawców, w zakresie określonym w Kodeksie karnym skarbowym;

11) rozpoznawanie, wykrywanie i zwalczanie przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2017 r. poz. 2342 oraz z 2018 r. poz. 62), zapobieganie tym przestępstwom oraz ściganie ich sprawców.

Tym samym z art. 28 ust. 1, a zwłaszcza pkt 10 i 11 tego przepisu ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej wynika, że nie wszystkie przestępstwa, których rozpoznawaniem, wykrywaniem i zwalczaniem zajmują się urzędy skarbowe, są przestępstwami skarbowymi. W szczególności wyraźnie wyodrębnione zostały przestępstwa określone w ustawie o rachunkowości, co potwierdza, że są one przestępstwami odrębnymi od przestępstw skarbowych. W konsekwencji ww. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, na które powołuje się zamawiający i przystępujący, zwłaszcza w świetle art. 28 ust. 1 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, nie stanowi podstawy do uznania, że czyn z art. 79 ustawy o rachunkowości jest przestępstwem skarbowym.

Reasumując, raz jeszcze należy powtórzyć, że w myśl art. 53 § 1 i 2 kks, przestępstwami skarbowymi są czyny zabronione określone w kks, a nie w innych aktach prawnych. Tym samym odwołujący, który był skazany za czyn określony w ustawie o rachunkowości, nie może zostać uznany za skazanego za przestępstwo skarbowe. Oznacza to, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp, a w konsekwencji wobec odwołującego nie zachodziła także podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że z przesłanej zamawiającemu przez przystępującego informacji z KRK wyraźnie wynika, że kara grzywny, na którą został skazany odwołujący, została przez niego wykonana w dniu 30.09.2016 r. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 107 § 4a kk, w razie skazania na grzywnę zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wykonania kary. Oznacza to, że w dniu 30.09.2017 r. nastąpiło zatarcie skazania odwołującego, co potwierdza także przedstawiona przez niego na rozprawie informacja z KRK, zgodnie z którą w dniu 10.01.2019 r. nie figurował on w kartotece karnej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jego prawomocne skazanie za wymienione w tym przepisie przestępstwa. Skoro zatarcie skazania odwołującego nastąpiło ponad rok temu, to nie można przyjąć, że w czasie prowadzenia niniejszego postępowania odwołujący był w ogóle „skazany". Zatem niezależnie od faktu, że czyn, którego się dopuścił odwołujący, nie jest przestępstwem skarbowym, dodatkowo uznać należy, że w dniu składania ofert i później odwołujący w ogóle nie może być już uznany za osobę skazaną, ponieważ jego skazanie uległo zatarciu. Tym samym nie ma znaczenia w niniejszej sprawie treść art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten ma zastosowanie, jeżeli wykonawca w ogóle może być uznany za „skazanego". W konsekwencji, brak możliwości uznania, że odwołujący jest osobą skazaną, również skutkuje koniecznością stwierdzenia, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c oraz pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Do kosztów zasądzonych na rzecz odwołującego Izba zaliczyła koszty wpisu od odwołania (7500 zł), koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), koszty dojazdu pełnomocnika (300 zł) oraz koszty opłaty od pełnomocnictwa (17 zł), co łącznie stanowi kwotę 11.417 zł.

Przewodniczący …….