

Sygn. akt: KIO 2292/10

WYROK
z dnia 4 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** w dniu 22 października 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa, adres do korespondencji: Departament Zamówień Publicznych, ul. Jasna 8, 00-013 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Radosława Skiby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU SMK Radosław Skiba, ul. Wędkarska 2b lok. C1, 04-869 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Adama Papierskiego prowadzącego działalność pod Adam gospodarczą nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 4 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2292/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego /unijnego/ p.n.: „*Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń teleinformatycznych eksploatowanych w NBP*”, znak sprawy DZP-WPP-BO-241-013DIT/10, zostało wszczęte przez Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa, adres do korespondencji: Departament Zamówień Publicznych, ul. Jasna 8, 00-013 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 117-176128 w dniu 18.06.2010 r.

W dniu 13.10.2010 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Radosława Skiby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU SMK Radosław Skiba, ul. Wędkarska 2b lok. C1, 04-869 Warszawa zwanego dalej: „*PPHU SMK Radosław Skiba*” albo „*Przystępującym*” oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz zwanego dalej: „P.W. MULTIKOM” albo „Odwołującym”. Zamawiający uznał, iż załączona do oferty „Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego” dotycząca wykonawcy prowadzącego działalność na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej podająca informację o dokonaniu czynu zabronionego na podstawie art. 77 pkt 2 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości mieści się w katalogu przesłanek wykluczenia ze względu na okoliczności przedstawione w art. 24 ust. 1 pkt 4 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”.

W dniu 22.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, P.W. MULTIKOM A. Papierski wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.10.2010 r. (faxem). Odwołujący zarzuca naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt.5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4, art. 7 Pzp poprzez:

a) bezprawny wybór oferty PPHU SMK Radosław Skiba, b) bezprawne odrzucenie oferty P.W. MULTIKOM, c) bezprawne wykluczenie P.W. MULTIKOM, d) zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej P.W. MULTIKOM, która jest ofertą ważną, nie podlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o :

- 1/ unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej,
- 2/ unieważnienie czynności odrzucenia i wykluczenia oferty P.W. MULTIKOM,
- 3/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty P.W. MULTIKOM,
- 4/ zwrot kosztów postępowania.

1

Przesłanki wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp są podstawą wykluczenia z postępowania wykonawców, u których osoby odpowiedzialne za prowadzenie spraw podmiotów zostały prawomocnie skazane 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. Wykluczeniem skutkuje również popełnienie przestępstwa skarbowego oraz udziału w zorganizowanej grupie lub związku, mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przestępstwa, o których mowa są przedmiotem regulacji ustawy z dnia 6.06.1997 r. kodeks karny /Dz. U. Nr 88 poz. 553 ze zm./, w szczególności rozdziału XXXVI - „przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”, rozdziału XXVIII - „przestępstwa przeciwko środowisku”, rozdziału XXIX „przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego”, /m.in. art. 228-230a - sprzedajność i przekupstwo oraz płatna protekcja/. Przestępstwa skarbowe wskazuje ustawy z dnia 10.09.1999 r. kodeks karny skarbowy /tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 ze zm./ Od przestępstw tych należy jednak odróżnić wykroczenia skarbowe, za które odpowiedzialność jest uregulowana w tym samym akcie, które nie powodują wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki wykluczenia nie stanowi usiłowanie popełnienia przestępstwa określonego rodzaju, a jedynie jego popełnienie. Szczególną sytuacją jest udział w grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa, gdyż sam udział stanowi wówczas przestępstwo. /komentarz do art. 24 ustawy z dnia 29.01.2010 r. Prawo zamówień publicznych Dz.U.10.113.759/ Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, LEX 2010, wyd. IV/. Podobne stanowisko przedstawiono w komentarzu J. Pieroga do art. 24 ustawy prawo zamówień publicznych, Wydanie 2010, C.H.Beck, wydanie 10, www.legalis.pl./ - Przesłanką wykluczenia jest prawomocne skazanie za niektóre przestępstwa. Zakres tych przestępstw jest w części określony jednoznacznie, jak np. przestępstwo przekupstwa (art. 228-229 KK) czy przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu (Rozdział XXXVI KK), a w części jedynie opisowo. Ta część obejmuje każde przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz każde przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W tym ostatnim przypadku są to nie tylko przestępstwa przeciwko mieniu, określone w Rozdziale XXXV KK, lecz także wszelkie inne, popełnione dla uzyskania korzyści majątkowej. Nowela z 7.4.2006 r. dodała przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową (Rozdział XXVIII KK), przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 KK) oraz wszystkie przestępstwa skarbowe

ze zm.), Nowela z 5.11.2009 r. dodała przestępstwa przeciwko środowisku (Rozdział XXII KK)./ Należy dodać, iż katalog przestępstw skutkujących wykluczeniem Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, iż zamawiający nie może wykluczyć Wykonawcy z powodu popełnienia innego przestępstwa. Zawarta informacja o ukaraniu na podstawie art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości nie mieści się w katalogu przestępstw uprawniających do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 77 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości /tekst jednolity Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223/ - Kto wbrew przepisom ustawy dopuszcza do:

- 1) nieprowadzenia ksiąg rachunkowych, prowadzenia ich wbrew przepisom ustawy lub podawania w tych księgach nierzetelnych danych,
- 2) niesporządzenia sprawozdania finansowego, sporządzenia go niezgodnie z przepisami ustawy lub zawarcia w tym sprawozdaniu nierzetelnych danych - podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 2, albo obu tym karom łącznie.

Zatem czyn z art. 77 ustawy o rachunkowości nie skutkuje wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to dotychczasowa praktyka Krajowego Rejestru Karnego, który zaświadczał w zakresie informacji o osobie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, iż wnioskodawca - Odwołujący nie figuruje w kartotece karnej w podanym zakresie pomimo tego, iż wyrok skazujący na karę grzywny zapadł w dniu 10.11.2005 r. i uprawomocnił się w dniu 18.04.2006 r. Dowód: informacja KRK z dnia 22.12.2006 r., 25.06.2007 r., 22.06.2007 r., 20.12.2007 r., 17.06.2008 r., 16.12.2008 r. Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego załączona do oferty została wydana w PEŁNYM zakresie, bez ograniczenia do art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp w związku z czym ujawnia wyrok o popełnieniu występku na podstawie art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości /nadpłata podatku/. Wystąpienie do KRK o wydanie dokumentu w pełnym zakresie danych o osobie podyktowane jest udziałem Odwołującego również w przetargach, które nie są przeprowadzane w oparciu o Pzp. Zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie udzielenia informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 7.11.2003 r. /Dz. U. Nr 198 poz. 1930/. Udzielenie odpowiedzi na zapytanie lub wniosek dotyczące osób polega na sporządzeniu informacji o osobie z Rejestru, zgodnie z rodzajem i zakresem danych objętych zapytaniem lub wnioskiem. Zatem zakres złożonego wniosku o udostępnienie danych określa granice udzielenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Fakt uzyskania informacji w pełnym zakresie ponad zakres wynikający z 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp nie stanowi podstawy do wyeliminowania Odwołującego z możliwości realizowania zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 22.10.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.10.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) PPHU SMK Radosław Skiba zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący wnosi o:

- 1) Podtrzymanie wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) Podtrzymanie odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej do realizacji przedmiotu zamówienia. Art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje Zamawiającemu wykluczyć z postępowania Wykonawców którzy zostali prawomocnie skazani za popełnienie przestępstwa skarbowego. Nie zgadził się z przedstawioną argumentacją Odwołującego opierającą się na tezie, że zapis przedstawiony w załączonej do oferty „Informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego” wystawionej w dniu 10.05.2010 r., nie może być brany pod uwagę przez Zamawiającego i nie mieści się w katalogu przesłanek wykluczenia ze względu na okoliczności przedstawione w art. 24. ust. 1 pkt 4 Pzp.

- 1) Odwołujący się złożył ofertę w odpowiedzi na jasno określone zasady w SIWZ. W dołączonej do oferty Odwołującego „Informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego” nie ma informacji, że opisany czyn zabroniony nie mieści się w zakresie art. 24 ust 1.
- 2) Przedstawione przez Odwołującego inne zaświadczenia wydane przez Krajowy Rejestr Karny nie mogą być brane pod uwagę gdyż nie są wystawione w terminie do 6 miesięcy przed terminem składania oferty (termin składania ofert został określony na 28.07.2010 r., a SIWZ w pkt B, ppkt 5 w rozdz. IX określa jasno wymagania odnośnie dokumentu z KRK).
- 3) Nie jest rolą Zamawiającego ocena czy czyn zabroniony jest, czy nie objęty zakresem art. 24 ust. 1 pkt 4. Oferenci byli zobowiązani do przedstawienia stosowanego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w tym zakresie. Zamawiający musi przyjąć, że przedstawiony przez Odwołującego się dokument w pełni odpowiada na jego zapytanie i warunki opisane w SIWZ - tj. informuje go o popełnionych przestępstwach nakazujących wykluczenie Oferenta w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 4.
- 4) Zamawiający w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, do czego zobowiązuje go art. 7 Pzp - nie może w swojej ocenie uwzględniać dokumentów historycznych, nie wymaganych w SIWZ czy też indywidualnie dokonywać oceny przedstawionych dokumentów poprzez roztrząsanie które wykroczenie jest a które nie jest przestępstwem skarbowym. Dywagacje takie mogą doprowadzić do sytuacji w której każdy Oferent będzie miał prawo do dyskusowania z Zamawiającym czy wpis lub inna

4

nieścistość w jego dokumentach kwalifikuje się czy nie kwalifikuje do wykluczenia z postępowania. Prawo zamówień publicznych jasno określa zasady udziału w postępowaniach i rolą Zamawiającego jest ściśle przestrzeganie określonych zasad oraz nie dokonywanie indywidualnej oceny przedstawionych wpisów w oparciu o ich niską szkodliwość lub inne subiektywne opinie.

5) Odwołujący się, tak jak każdy inny Oferent mógł złożyć „Informację z Rejestru Karnego” bez jakichkolwiek wpisów - jeżeli uważa, że popełniony przez niego czyn umożliwił mu uzyskanie takiej „czystej” informacji z KRK. „Informacje o osobie z Krajowego Rejestru Karnego” uzyskuje się w ciągu jednego dnia podczas jednorazowej wizyty. Na przygotowanie ofert Zamawiający pozostawił odpowiednio dużo czasu tak aby każdy oferent mógł zebrać stosowne dokumenty.

W dniu 29.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący wniósł pismo, w którym ustosunkował się do treści przystąpienia. Kopie przekazując Zamawiającemu oraz Przystępującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania 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 materiałem dowodowym wskazanym poniżej, ofertą Odwołującego, w szczególności Informacją o osobie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 10.05.2010 r., informacją z dnia 13.10.2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, pismem Odwołującego stanowiącym odpowiedź na przystąpienie wraz z załącznikiem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na rozprawie przez Zamawiającego oraz złożonymi przez Odwołującego na niej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna

5

z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu odnośnie niezasadności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Izby, Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium - ceny (100 %), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, w szczególności Informacji o osobie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 10.05.2010 r., pisma Zamawiającego z dnia 18.08.2010 r. do Departamentu Prawnego Zamawiającego, odpowiedzi z dnia 27.08.2010 r., wniosku z dnia 15.09.2010 r. o wyjaśnienie skierowanego przez Zamawiającego do Biura Informacyjnego KRK, wyjaśnień Biura Informacyjnego KRK z dnia 27.09.2010 r., informacji z dnia 13.10.2010 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołania wraz z załącznikami (informacjami z KRK dotyczącymi Odwołującego z dnia 22.12.2006 r., 25.06.2007 r., 22.06.2007 r., 20.12.2007 r., 17.06.2008 r., 16.12.2008 r.), przystąpienia do postępowania odwoławczego, pisma Odwołującego stanowiącego odpowiedź na przystąpienie wraz z załącznikiem (kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 26.10.2006 r. z pieczętką z dnia 27.10.2010 r. „NIE FIGURUJE”), odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego oraz złożonych przez Odwołującego na niej dokumentów (kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 10.05.2010 r. oraz informacji stanowiącej odpowiedź na zapytanie – analogicznego dokumentu co w ofercie, kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 15.12.2006 r. oraz informacji z dnia 22.12.2006 r. stanowiącej odpowiedź na zapytanie, jak i kopii wyroku Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z dnia 10.11.2005 r., sygn. akt: XVI Ks 186/05).

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 5 w związku z art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, konsekwencji bezprawny wybór oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

6

Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 4 Pzp i odrzucił jego ofertę. Zgodnie z SIWZ w pkt B, ppkt 5 w Rozdz. IX oferenci byli zobowiązani do dołączenia do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący złożył w swojej ofercie „*Informację o osobie z Krajowego Rejestru Karnego*” wydaną 10.05.2010 r. przez Krajowy Rejestr Karny zawierającą informację o dokonaniu czynu zabronionego na podstawie art. 77 pkt 2 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U z 2009 r. Nr 152, poz. 1223) zwanej dalej: „*ustawą o rachunkowości*”, który to czyn w opinii Zamawiającego, jest podstawą do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że uznała, iż katalog przestępstw w art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp ma charakter zamknięty w rozumieniu przedstawionym na rozprawie przez Zamawiającego. Podobnie wynika z orzeczenia KIO z dnia 03.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 491/08. Nie można więc rozszerzać zakresu wskazanego w tym przepisie katalogu typów przestępstw o inne np.: przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów. Łączenie zaś wskazanych typów przestępstw wyłącznie z przestępstwami kodeksowymi nie ma żadnej podstawy wprawnej w art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp. Brak jest w niniejszym przepisie jakiegokolwiek odniesienia do przepisów kodeksowych.

Izba przyznaje, że istnieją wymierne przesłanki do uznania czynu zabronionego

uregulowanego w art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości zarówno do pozakodeksowych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, jak i pozakodeksowych przestępstw skarbowych. W ocenie Izby zbieg przestępstw nie jest niczym niedopuszczalnym. Jednakże, czyny zabronione uregulowane w art. 77 ustawy o rachunkowości, mimo że nie są przestępstwami skarbowymi w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 10.09.1999 r. - Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.) zwanej dalej: „UKS”, godzą w ten sam porządek prawny, tzn. finansowy, który chroni także ustawa karna skarbową. Ustawa o rachunkowości jest w części penalizującej naruszenia przepisów tej ustawy - *sui generis* - „ustawą karną” w rozumieniu art. 6 § 1 UKS. Penalizacja wynikająca z art. 77 ustawy o rachunkowości dotyczy obu wymienionych tam w punktach czynów zabronionych. Skoro bowiem pierwszy z czynów wymienionych uznawany jest w doktrynie za przestępstwo powszechne zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 2 lub grzywną (M. Bojarski, W. Radecki, „Pozakodeksowe prawo karne”, t. II, s. 52-63), to w ocenie Izby brak jest podstaw, aby drugi z czynów umieszczony w tym samym przepisie i zagrożony taką samą sankcją traktować odmiennie. Okoliczność, że pierwszy z wymienionych tam czynów zabronionych

7

jest wskazany w art. 60 i 61 UKS, jest bez znaczenia, z uwagi na brak ograniczenia typów przestępstw w art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp do wskazanych w kodeksach karnych. Należy dodatkowo wskazać na konsekwencje finansowe - niesporządzenia sprawozdania finansowego, sporządzenia go niezgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości lub zawarcia w tym sprawozdaniu nierzetelnych danych, chociażby podatkowe, które sygnalizował na rozprawie Przystępujący. Izba nie neguje waloru gospodarczego sprawozdania finansowego, na który wskazywał na rozprawie Zamawiający, co stało się podstawą zakwalifikowania przez niego w/w czynu zabronionego do przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, jednakże w ocenie Izby, skutki finansowe niesporządzenia sprawozdania finansowego, sporządzenia go niezgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości lub zawarcia w tym sprawozdaniu nierzetelnych danych są dalej idące.

Izba wskazuje także na inny aspekt sprawy, stan faktyczny będący przedmiotem rozpatrzenia przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy, którego wyrok zapadł w 2005 r. dotyczył roku 2003. W ówczesnym stanie prawnym art. 9 § 1 i 2 ustawy z dnia 12.10.1994 . o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. z 1994 r. Nr 126, poz. 615) ustanawiał wobec przestępstwa z art. 77 ustawy o rachunkowości typ kwalifikowany przez znamię szkody majątkowej, co dodatkowo wskazuje na penalizację czynu zabronionego z art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości. W przedmiotowym stanie faktycznym nie stwierdzono zaistnienia typu kwalifikowanego, wyjaśnienia udzielone na rozprawie przez Odwołującego o okoliczności będące przedmiotem wyroku Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z dnia 10.11.2005 r., sygn. akt: XVI Ks 186/05 także to potwierdzają, co nie zmienia faktu, iż „*bagatelizowanie*” dokonanego czynu zabronionego przez Odwołującego jest nieuprawnione. Powyższe także przemawia (brak znamion szkody majątkowej) za stanowiskiem Izby, że nie był niniejszy czyn zabroniony popełniony przez Odwołującego pozakodeksowym przestępstwem przeciwko obrotowi gospodarczemu, ale pozakodeksowym przestępstwem skarbowym.

Istotne jest również wskazanie, że sprawozdanie finansowe jest dokumentem wskazanym w § 1 ust. 1 pkt 8 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. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*”, mające wymierne przełożenie dla wykazania spełniania przez wykonawców warunku, o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 4 Pzp w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji nie jest bez znaczenia okoliczność poprawienie sytuacji finansowej Odwołującego, co wynika z stanu faktycznego opisanego w wyroku Sądu Rejonowego w Bydgoszczy z dnia 10.11.2005 r., sygn. akt: XVI Ks 186/05.

Izba nie odnosił się, do wykazywanego przez Odwołującego braku konsekwencji

8

w stanowisku Biura Informacyjnego KRK, który raz uznaje czyn zabroniony za przestępstwo objęte art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp (wyjaśnienia Biura Informacyjnego KRK z dnia 27.09.2010 r.),

w innym zaś przypadku tego nie czyni (kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 26.10.2006 r. z pieczętą z dnia 27.10.2010 r. „NIE FIGURUJE”). Nie leży to w jego kognicji. Wykazywana także przez Odwołującego zależność informacji z KRK od złożonego zapytania o charakterze „pełnym”, czy też ograniczonym do art. 24 ust.1 pkt 4-8 Pzp również nie zmienia stanowiska Izba w przedmiotowym stanie faktycznym (informacje z KRK dotyczącymi Odwołującego z dnia 22.12.2006 r., 25.06.2007 r., 22.06.2007 r., 20.12.2007 r., 17.06.2008 r., 16.12.2008 r., jak również kopia zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 10.05.2010 r. oraz informacji stanowiącej odpowiedź na zapytanie – analogicznego dokumentu co w ofercie, kopii zapytania o udzielenie informacji o osobie z dnia 15.12.2006 r. oraz informacji z dnia 22.12.2006 r. stanowiącej odpowiedź na zapytanie). Za kluczowe Izba uznaje bowiem brak ograniczenia katalogu typów przestępstwa wymienionych w art. 24 ust.1 pkt 4 tylko i wyłącznie do przestępstw kodeksowych, jak również znaczenie sprawozdania faktycznego dla procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba nie odnosiła się do zarzutu nie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp, zgodnie bowiem z art. 192 ust 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w odwołaniu.

Jednocześnie wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 5 w związku z art. 24 ust.1 pkt 4 Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący:

.....