Sygn. akt: KIO 1130/11

WYROK
z dnia 14 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie, HOCHTIEF Polska S.A. w Warszawie, HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w Essen, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków w Krakowie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie, ALPINE BAU DEUTSCHLAND AG w Eching, ALPINE BAU GmbH w Salzburgu

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku Odwołującego;**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Miejską Kraków w Krakowie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A., w Madrycie, HOCHTIEF Polska S.A. w Warszawie, HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w Essen tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A., w Madrycie, HOCHTIEF Polska S.A. w Warszawie, HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w Essen kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1130/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *„Budowę obiektu pn. Centrum Kongresowe (Rondo Grunwaldzkie) - 2 Etap realizacji)”* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2011r., pod nr 2011/S 20-031966.

Odwołujący w dniu 20 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym

o wykluczeniu z postępowania, zaś w dniu 30 maja 2011r. wniósł odwołanie wobec wykluczenia z postępowania, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie, w wyniku czego bezpodstawnie wykluczono Konsorcjum z udziału w postępowaniu przyjmując, iż nie spełniło warunku niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, z uwagi na nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających spełnienie tegoż warunku na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, iż dwaj członkowie zarządu jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum (HOCHTEF Solutions AG) nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, podczas gdy Konsorcjum prawidłowo wykazało, iż osoby te nie zostały prawomocnie skazane za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3. powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż informacja uzyskiwana z Krajowego Rejestru Karnego w Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku wskazania, jako podstawy uzyskania informacji art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczyć będzie jedynie skazania za enumeratywnie wymienione w tym przepisie przestępstwa. Jednakże w przypadku braku wskazania art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako

---

podstawy uzyskania takich informacji, zawierać ona będzie pełny zakres danych dotyczących danej osoby, wynikający z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, a więc nie tylko dane dotyczące prawomocnego skazania za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Natomiast w Republice Federalnej Niemiec, zgodnie z ustawą o Rejestrze Centralnym oraz Rejestrze Orzeczeń i Środków Wychowawczych, wydaje się „zaświadczenie o niekaralności" czy też „informację o osobie" („Fuhrungszeugnis"), natomiast nie są w nim uwidocznione wszystkie prawomocne orzeczenia sądowe. Zgodnie z § 32 ust. 5 ustawy BZRG, w niemieckim zaświadczeniu o niekaralności (informacji o osobie) nie umieszcza się m.in. informacji o skazaniach, w wyniku których orzeczono:

(i) karę pieniężną nie przekraczającą dziewięćdziesiąt stawek dziennych,
(ii) (ii) karę pozbawienia wolności lub aresztu wojskowego w wymiarze nie przekraczającym trzech miesięcy, jeżeli w Rejestrze nie wpisano żadnej dodatkowej kary.

Dowód: wyciąg z ustawy o Rejestrze Centralnym oraz Rejestrze Orzeczeń i Środków Wychowawczych (§ 30 i § 32) wraz z tłumaczeniem przysięgłym;
Powyższe oznacza, iż w niemieckim zaświadczeniu o niekaralności (informacji o osobie) nie są ujawniane skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono kary poniżej dolnej granicy wskazanej w ustawie BZRG. Tym samym, porównując niemieckie zaświadczenie o niekaralności (informację o osobie) wystawiane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości a informację z Krajowego Rejestru Karnego należy dojść do wniosku, iż zakres informacji ujawnianych w obydwu dokumentach jest różny, gdyż niemieckie zaświadczenie o niekaralności (informacja o osobie) - w przeciwieństwie do informacji z Krajowego Rejestru Karnego - nie obejmuje skazania za wszystkie przestępstwa.
Dla prawidłowej oceny złożonych przez Odwołującego w toku postępowania dokumentów ważniejsze jest rozstrzygnięcie kwestii, czy zakres informacji ujawniony w niemieckim zaświadczeniu o niekaralności (informacji o osobie) wydanym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn odpowiada zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego skazano prawomocnie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo

skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Tym samym, dokument, który ma

przedłożyć wykonawca ma potwierdzać, iż urzędującego członka organu zarządzającego nie skazano prawomocnie za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niemieckie zaświadczenie o niekaralności (informacja o osobie) m.in. nie ujawnia skazań, w wyniku których orzeczono karę pieniężną nie przekraczającą dziewięćdziesięciu stawek dziennych. Natomiast jednym z przestępstw, za które można orzec karę pieniężną poniżej dziewięćdziesięciu stawek dziennych jest, zgodnie z § 263 niemieckiego kodeksu karnego (Strafgesetzbuch - StGB), przestępstwo oszustwa, którego popełnienie zagrożone jest grzywną lub karą pozbawienia wolności do lat pięciu. Natomiast, zgodnie z § 40 StGB, karę grzywny orzeka się w minimalnej wysokości 5 stawek dziennych i maksymalnej wynoszącej trzysta sześćdziesiąt pełnych stawek dziennych (dowód: wyciąg z niemieckiego kodeksu karnego (§ 40 i § 263) wraz z tłumaczenia przysięgłym). Zdaniem Odwołującego, prawomocne skazanie za przestępstwo oszustwa, które należy do katalogu przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych może nie zostać ujawnione w zaświadczeniu o niekaralności (informacji o osobie) wystawianym zgodnie z ustawą BZRG w sytuacji, gdy wymiar orzeczonej kary będzie niższy niż kara pieniężna w wysokości 90 stawek dziennych. Tym samym, niepodważalnym jest fakt, że zakres informacji uwidoczniony w niemieckim zaświadczeniu o niekaralności (informacji o osobie) wydawanym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn nie odpowiada nie tylko zakresowi uzyskiwanemu w informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ale i zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też niemieckie zaświadczenie o niekaralności (informacja o osobie) nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku niepodlegania wykluczeniu z przyczyn opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Identyczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2010 roku (sygnatura akt KIO/UZP 155/10), w wyroku z dnia 19 marca 2010 roku (sygnatura akt KIO/UZP 244/10 i KIO/UZP 257/10) oraz w wyroku z dnia 23 listopada 2010 roku (sygnatura akt KIO/2448/10). Odwołujący argumentuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza we wskazanych powyżej orzeczeniach podkreśliła również, iż zgodnie z art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, w sytuacji gdy dokumenty lub zaświadczenia wydawane przed dany kraj nie obejmują wszystkich przypadków określonych w art. 45 ust. 1 oraz 2 lit. a), b) i c) dyrektywy, a tym samym zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Jeżeli więc zakres niemieckiego zaświadczenia o niekaralności (informacji o osobie) jest odmienny od informacji z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż nie obejmuje zakresu art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w

niniejszej sprawie wystarczającym było przedstawienie stosownych oświadczeń złożonych przed notariuszem przez członków zarządu HOCHTIEF Solutions AG, które potwierdzały spełnianie warunku niewykluczenia opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie dołączył żadnych dokumentów potwierdzających, iż dwaj członkowie zarządu HOCHTIEF Solutions AG, nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający na podstawie udostępnionych mu dokumentów powinien był uznać, iż Konsorcjum wykazało w sposób wymagany ustawą Prawo zamówień publicznych, iż na dzień składania wniosków, dwaj członkowie zarządu HOCHTIEF Solutions AG nie byli prawomocnie skazani za przestępstwa ujęte w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dla oceny słuszności powyższego twierdzenia nie ma znaczenia fakt, iż dla pozostałych dwóch członków zarządu HOCHTIEF Solutions AG, Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu dołączył jedynie niemieckie zaświadczenia o niekaralności (informacje o osobie), które - jak wykazano w niniejszym odwołaniu - nie są dokumentami, które potwierdzają brak prawomocnego skazania za przestępstwa opisane w

art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający powinien był bowiem wezwać Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do przedstawienia odpowiednich oświadczeń złożonych przez pozostałych dwóch członków zarządu HOCHTIEF Solutions AG, które faktycznie wskazywałyby, iż nie zostali oni prawomocnie skazani za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie takiego wezwania przez Zamawiającego nie może wpływać na ocenę dokumentów dostarczonych przez Odwołującego dla pozostałych dwóch członków zarządu (tj. oświadczeń złożonych przed notariuszem) pod kątem ich zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Mimo że Odwołujący stoi na stanowisku, iż oświadczenie złożone przed notariuszem, a nie niemieckie zaświadczenie o niekaralności (informacja o osobie), jest dokumentem, które zawiera dane konieczne do potwierdzenie spełnienia warunku niepodlegania w wykluczeniu w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można nie zauważyć, iż w tym zakresie istnieją rozbieżności w poglądach i orzecznictwie (a więc czy należy przedstawiać zaświadczenie o niekaralności, nawet niepełne, czy oświadczenie złożone przed notariuszem, czy też może oba te dokumenty naraz). Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygnatura akt 2131/10): *„(...) w stosunku do każdej z tych interpretacji można przedstawić argumenty wskazujące na jej wady i zalety, a jednocześnie żadna z nich nie ma jednoznacznie ugruntowanej pozycji dominującej".* Jeśli dodatkowo, weźmie się pod uwagę, iż przedstawione dokumenty dla członków zarządu w istocie potwierdzają, iż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do

---

udziału w postępowaniu nie byli oni karani, a samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie nie jest kwestionowane, to działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu należy ocenić jako niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przywołany przepis wyraża podstawową zasadę prawa zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak wskazała Krajowa Izba odwoławcza w orzeczeniu z dnia 19 marca 2010 r. (sygnatura akt KIO/UZP 244/10): „Aby *zasada powyższa [zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców] nie została przez Zamawiającego naruszona, koniecznym jest, dokonywanie oceny podmiotowej wykonawców przy uwzględnieniu jak najszerszego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (...) Ważne jest, aby najważniejsza zasada udzielania zamówień publicznych nie została naruszona".* Niewątpliwym jest więc, iż naczelna zasada prawa zamówień publicznych jaką jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ma pierwszeństwo przed nadmiernym formalizmem w stosowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, Zamawiający w przedmiotowej sprawie, przy ocenie podmiotowej zdolności Odwołującego do wykonania zamówienia, powinien uwzględnić przede wszystkim cel, jakiemu mają służyć przedstawiane przez Odwołującego dokumenty oraz czy za ich pomocą Odwołujący wykazał, iż na dzień złożenia wniosku o dopuszczenia do udziału w postępowaniu nie podlegał wykluczeniu. Zamawiający, pismem z dnia 10 czerwca 2010 r. wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, że zgodnie z obowiązującymi przepisami (§ 6 (3) no. 2 g) VOB/A 2009, §:7 no. 7 VOL/A 2009 i § 4 (7) VOF 2009)1, w Niemczech zaświadczenia o niekaralności wystawiane są przez Federalny Urząd Sprawiedliwości. Według informacji zawartych na stronach Komisji Europejskiej (eCertificate) w treści dokumentu są zawarte następujące informacje: (treść dostępna jedynie w języku angielskim] „Document-specific *information: Extract from the federal criminal record register: The certificate identifies the Issuing authority, requesting person (name at birth, family name, prename, address, date of birth, place of birth), registration number, date and place of issuance, and key data about any criminal convictions. Certificate of the central register of trade and industrial offences: The certificate shows every fact that is registered in the central database and identifies the issuing authority, the requesting party (name at birth, family name, prename, address, date of birth, place of birth), registration number, date and place of issue".* Fakt wydawania w Republice Federalnej Niemiec zaświadczeń o niekaralności potwierdza również wniosek Wykonawcy wraz z uzupełnieniami. Wykonawca złożył bowiem odpowiednie zaświadczenia dla pozostałych członków zarządu HOCHTIEF Solutions AG oraz - na wezwanie Zamawiającego - zaświadczenia dla pozostałych dwóch członków zarządu. Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2010 r; (sygn. akt. KIO 2131/10) Stwierdziła: przepisy rozporządzenia wskazują wyraźnie, iż podmiot w pierwszej kolejności obowiązany Jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego łub administracyjnego miejsca zamieszkania członka zarządu, zatem ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach, nie narzucając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania zakresu tych zaświadczeń. Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu" prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, Inaczej bowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez Odwołującego różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien np. ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. (Warto zwrócić choćby uwagę, iż w przedstawionych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentach dotyczących duńskiego wykonawcy, znajduje się informacja zawierająca szereg warunków, pod którymi kara, która zasadniczo powinna być wpisana do duńskiego rejestru, nie będzie tam uwidoczniona). Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby, a oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa - „dokumentu nie wydaje się". Poza tym racjonalny ustawodawca, implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 20Ó4 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw, w tym jej art. 45 ust. 3 lit. a) stanowiący, że wyciąg z rejestru sądowego stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. ". Podobnie Izba orzekała w wyrokach: z dnia 20 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 1668/10), z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 303/10), z dnia 14 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 735/10). Dodatkowo można wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach (wyrok z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 255/10), które dotyczyło

podobnego problemu prawnego. Stan faktyczny dotyczył co prawda zaświadczenia o niekaralności wydawanego we Francji, jednak zagadnienie prawne rozstrzygane przez sąd jest tożsame. Sąd Okręgowy stwierdził: „Zgodzić *się należy ze skarżącym, iż zakres informacji wynikających z francuskiego biuletynu nr 3 jest mniejszy niż podane w Krajowym Rejestrze Karnym. Nie oznacza to jednakże, że przełożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rodzaje dokumentów jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006 r. (Dz. U. z 24.05.2006 r. nr 87 poz. 2005). Może zatem żądać zamawiający przedstawienia zaświadczenia o niekaralności za przestępstwa w zakresie określonym w art.24 ust. I pkt.4-8 ustawy. Zatem może m. in. żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby, której dokumenty dotyczą. Przepis §2 ust. I cyt. rozporządzenia wyraźnie stanowi, że dokumenty wskazane w tym przepisie wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa zamiast dokumentów o których mowa w § 1 ust. I pkt. 2, 3 i 5 oraz pkt. 4. Przepis § 2 ust. I pkt. 2 nie nakłada na wykonawcę mającego miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Polski obowiązku złożenia zaświadczenia*

właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. identycznego z zakresem zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Przepis wymaga jedynie zaświadczenia w zakresie określonym w art.24 ust. I pkt.4-8 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zatem różnice w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę uwzględnione przy tworzeniu tego zapisu. Cyt. rozporządzenie nie przewiduje również aby zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby której dokumenty dotyczą. w zakresie określonym w art.24 ust. I pkt.4-8 upzp były dodatkowo „wzmacniane1' oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organu samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą. Przepis § 2 ust. 3 w/w Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wprost stanowi, iż jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. nie wydaje się dokumentów o których mowa w ust. I zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożenia przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawcą ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zatem dokument zawierający stosowne oświadczenie jest samoistnym dokumentem. którego może zażądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego." Zamawiający zwraca również uwagę, że Odwołujący - pomimo, iż dysponował wiedzą dotyczącą różnic między niemieckim a polskim systemem prawnym w zakresie wydawania zaświadczeń o niekaralności - do wniosku dołączył jedynie zaświadczenia składając, na wezwanie Zamawiającego uzupełnione dokumenty, Odwołujący również w pierwszej kolejności złożył zaświadczenia. Według Jego ówczesnych wyjaśnień, oświadczenia złożone przed notariuszem zostały dołączone jedynie z uwagi na brak możliwości uzyskania odpowiedniego zaświadczenia pomiędzy dniem powołania na członków zarządu (9 lutego 2011 r.) a terminem składania wniosków (28 lutego 2011 r.). Brak możliwości uzyskania zaświadczenia w odpowiednim terminie nie spełnia jednak przesłanki określonej w § 4 ust. 3 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. Zmiana stanowiska Odwołującego nastąpiła zatem już po uzyskaniu informacji o wykluczeniu z postępowania i zapoznaniu się z uzasadnieniem Zamawiającego. Można zatem zasadnie przypuszczać, że zmiana ta ma na celu uniknięcie - przez profesjonalny podmiot od lat obecny na rynku zamówień publicznych - konsekwencji braku należytej staranności w przygotowaniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie, ALPINE BAU DEUTSCHLAND AG w Eching, ALPINE BAU GmbH w Salzburgu, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

W przystąpieniu wykonawca podjął polemikę ze stanowiskiem Odwołującego, argumentując, iż Konsorcjum Mostostal - Acciona - HOCHTIEF podniosło w treści odwołania, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 kwietnia przedłożyło zaświadczenia o niekaralności („Főhrungzeugnis") dwóch członków zarządu wystawione w dniu 1 kwietnia 2011 roku przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn („Bundesamt fur Justiz") oraz oświadczenia obu Panów złożone przed notariuszem w dniu 1 marca, iż na dzień 28 lutego 2011 roku (tj. na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstw lub przestępstw skarbowych. Konsorcjum Mostostal - Acciona - HOCHTIEF

wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania przytoczyło stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej (sygnatura akt KIO/UZP 148/10 i 155/10, KIO/UZP 244/10 i 257/10 oraz KIO/2448/10) wskazujące, że zakres niemieckiego zaświadczenia o niekaralności (informacji o osobie) jest odmienny od informacji Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż nie obejmuje zakresu art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i może być zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem. W końcowych tezach odwołania Konsorcjum Mostostal - Acciona - HOCHTIEF zauważa, że w zakresie dokumentów (dotyczące osób mających miejsce zamieszkania po za terytorium Polski) potwierdzających spełnianie warunku niepodlegania wykluczeniu w zakresie art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych istnieją w tym zakresie rozbieżności w poglądach i orzecznictwie.

Przystępujący podniósł, iż dokonał również analizy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w powyższej kwestii i pragnie przytoczyć stanowiska KIO, które jednoznacznie wskazują, że Izba nie kwestionuje różnic pomiędzy zakresem rejestru skazanych prowadzonym na terenie Polski i Niemiec, jednak skoro na terenie Niemiec funkcjonuje - tak jak na terenie Polski - instytucja Centralnego Rejestru Skazanych to podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia na okoliczność spełnienia warunku z art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zobowiązany do przedstawienia zaświadczenia właściwego omanu sądowego kraju zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą (KIO/UZP 254/10). W ocenie Izby brak podstaw prawnych do przyjęcia, że można Wykonawcę mającego siedzibę na terenie Niemiec zwolnić z przedłożenia zaświadczenia z rejestru sądowego niemieckiego na okoliczność wykazania nie podlegania wykluczeniu z postępowania w związku z przesłankami z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy i umożliwić złożenie zamiast zaświadczenia organu sądowego, oświadczenia przed notariuszem dla urzędującego członka zarządu spółki prawa handlowego niemieckiego (KIO/1732/10). Ocena wniosku powinna być oparta na właściwych dokumentach, żądanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych lub uzupełnień dokonanych na podstawie art. 26 ust. 3 tejże. Samodzielnie Zamawiający nie śledzi miejsca zamieszkania ani przestępstw popełnionych przez wskazane osoby, ale opiera się w tym względzie na zaświadczeniu odpowiedniej instytucji. W Polsce jest nią Krajowy Rejestr Karny dla osób mających miejsce zamieszkania w Polsce, w Niemczech Federalny Centralny Rejestr Karny dla osób mających miejsce zamieszkania w Niemczech. Powyższe odzwierciedla również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2010 r. (KIO 1891/10): „Przywołany *przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów ustala, iż Wykonawca w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego dla miejsca zamieszkania członka zarządu. Pozostaje odniesienie się do*

kwestii węższego zakresu zaświadczeń o niekaralności wydawanych w Republice Federalnej Niemiec w stosunku do zakresu, jaki obejmują informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, twierdzenia odwołującego, że w Fuhrungszeugnis nie ujawnia się skazania za przestępstwa w przypadku wymierzenia kary mniejszej, niż 90 dniówek. W ocenie Izby uznać należy, że sformułowanie „w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4) - 8)", zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że podstawę wydania zaświadczenia stanowi katalog wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. bez względu na różnice wynikające z porządku prawnego poszczególnych państw. W przywoływanym postanowieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca dal pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach. W przepisach dotyczących zamówień publicznych brak jest Jakichkolwiek podstaw dla Zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowego dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych. Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu" prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie sposób bowiem rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez odwołującego różnicy w wysokości Ł. kary, powodującej, że skazanie

ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien co najmniej ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. Analiza komparatystyczna regulacji prawnych państw pochodzenia wykonawców, uczestników polskiego rynku zamówień publicznych nie leży w kompetencjach Izby. [...] Izba uznała, że zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Bundesamt fur Justiz stanowi dokument potwierdzający, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art.. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p.". Całościowo Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do przedmiotowego problemu w wyroku z 6 grudnia (KIO 2493/10, 2494/10, 2496/10), stwierdzając, że: *podmiot mający siedzibę za granicą jest w patowej sytuacji: leżeli złoży w postępowaniu zaświadczenie wydane zgodnie z prawem obcym, niemal zawsze będzie ono uznane za nieodpowiadające zakresem polskiemu zaświadczeniu, jeżeli złoży oświadczenie - również zostanie ono zakwestionowane, ponieważ zwykle da się wykazać, że w kraju pochodzenia komuś zostało jednak wydane zaświadczenie. [...] Tak więc podmiot mający siedzibę za granicą, aby złożyć prawidłowy dokument w polskim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi dokonać uprzednio analizy prawnoporównawczej własnego porządku prawnego z polskim systemem*

prawa, sprawdzić, składając wnioski do wszelkich możliwych instytucji, czy u niego wydaje się zaświadczenia o zakresie identycznym, jak w polskim prawie, a w razie stwierdzenia braku wydawania takich zaświadczeń - złożyć oświadczenie przed notariuszem. Przy czym, wobec okoliczności, że często w kraju pochodzenia wydaje się zaświadczenie, ale o treści być może (a właściwie -prawdopodobnie) nie w pełni odpowiadającej prawu polskiemu, podmiot mający siedzibę za granicą powinien złożyć - „z ostrożności procesowej" - oświadczenie przed notariuszem, że w zakresie, w którym przedłożone zaświadczenie ewentualnie nie odpowiada prawu polskiemu, również nie podlega wykluczeniu. Jako, że takie rozwiązanie może być uznane za wadliwe, ponieważ oświadczenie składa się tylko wówczas, gdy w kraju pochodzenia nie wydaje się właściwego dokumentu - powinien więc złożyć na wszelki wypadek oświadczenia, o których mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia (niemniej wykonawca mający siedzibę za granicą może mieć uzasadnione wątpliwości co do możliwości złożenia takiego zaświadczenia, skoro ma je złożyć dopiero wówczas, jeżeli w jego kraju zaświadczeń ,,nie wydaje się"). [...] W przywoływanym postanowieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach. W przepisach dotyczących zamówień publicznych brak jest jakichkolwiek podstaw dla zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowego dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych. [...] Nie sposób bowiem rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko wywodzonej przez Odwołującego różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien co najmniej ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. [...] Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, a także pewność obrotu wymagają uznania prymatu, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, zaświadczenia właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności wymaganie złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie osoby. Podkreślić należy, że oświadczenie takie może być złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia wynikającej z porządku prawnego danego państwa (verba legis dokumentu nie wydaje się"). Takie rozumienie przepisu jest zgodne z założeniem racjonalności ustawodawcy. Nie sposób bowiem przyjąć racjonalnie, że ustawodawca, implementując do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 2004/18AA/E parlamentu europejskiego i rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.".

Przystępujący podkreślił, że zaświadczenie o niekaralności („Főhrungzeugnis") wystawiane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn („Bundesamt fur Justiz")

odpowiada wymaganiom 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). Zaświadczenie to wydawane jest na podstawie niemieckiej ustawy z 18 marca 1971 o Federalnym Centralnym Rejestrze Karnym. Zgodnie z § 4 ww. ustawy, do rejestru wpisywane są prawomocne wyroki w których sąd niemiecki za popełniony czyn sprzeczny z prawem orzekł karę, zarządził zastosowanie środków poprawczych i zapobiegających, udzielił upomnienia z zastrzeżeniem zastosowania kary zgodnie z § 59 Kodeksu Karnego lub zgodnie z § 27 Ustawy o sądach dla nieletnich, ustalił winę osoby nieletniej lub młodocianej. Zgodnie z § 1, Federalny Rejestr Karny prowadzony jest przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości (Federalny Urząd Sprawiedliwości). W zakresie w jakim prowadzony jest rejestr wydawane są również przez ten Urząd zaświadczenia o niekaralności. Jak wynika z treści przywołanego przepisu o Federalnym Rejestrze Karnym zawarte w nim informacje dotyczą skazań za popełnione czyny sprzeczne z prawem bez względu na ich rodzajową kwalifikację tj. bez rozróżnienia na zbrodnie i występki (a takie rozróżnienie podobnie jak w prawie polskim występuje w niemieckim systemie prawa) oraz bez względu na rodzaj naruszonego w wyniku czynu sprzecznego z prawem dobra (np. przestępstwa przeciwko środowisku, przestępstwa przeciwko mieniu). Wobec braku takiego rozróżnienia zaświadczenie z Federalnego Rejestru Karnego stanowi kompletną informację o skazaniu, bądź jego braku, za wszystkie występujące w niemieckim systemie prawa formy popełnienia czynów sprzecznych z prawem.

Konsorcjum Mostostal - Acciona - HOCHTIEF w odwołaniu przywołało również treść art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku, podkreślając, że gdy dokumenty lub zaświadczenia wydawane przez dany kraj nie obejmują wszystkich przypadków określonych art. 45 ust. 1 oraz 2 lit. a), b) i c) tejże dyrektywy to mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem.

Przystępujący zwraca uwagę, że Odwołujący nie przytoczył całego brzmienia zdania drugiego ust. 3 art. 45, a niezwykle istotne jest stwierdzenie początkowe: ..W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń [..I. Należy przywołać również treść ust. 1 art. 45 ww. zgodnie z którym Państwa Członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu (podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta) nakazując obowiązek wykluczenia kandydata lub oferenta skazanego prawomocnym wyrokiem sądu z powodu

dopuszczenia się czynów przestępczych takich jak: udział w organizacji przestępczej, korupcja, oszustwo, udział w praniu pieniędzy (art.45 ust 1) i możliwość wykluczenia każdego wykonawcy, który został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową lub jest winny poważnego wykroczenia zawodowego (art.45 ust.2 lit c i d). Oczywistym jest, że przepisy cytowanej przez Odwołującego Ustawy o Rejestrze Centralnym oraz Rejestrze Orzeczeń i Środków Wychowawczych (BZRG), nakazują aby którykolwiek z czynów przestępczych powyżej wymienionych był ewidencjonowany w tymże Rejestrze (BZRG). Reasumując należy podkreślić, że postanowienia art. 45 ust. 3 lit. a) dyrektywy stanowią, że wyciąg z odpowiedniego rejestru sądowego (w tym przypadku niemieckiego Federalnego Centralnego Rejestru Karnego - stanowi wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z wymienionych przypadków odpowiadających katalogowi przestępstw wymienionych wart. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych (KIO 1891/10).

Odwołujący w treści odwołania zaznaczył, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie dołączył żadnych dokumentów potwierdzających, iż dwaj członkowie zarządu HOCHTIEF Solutions A.G. nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak tych dokumentów Odwołujący wyjaśnia (w piśmie z dnia 29 kwietnia) faktem, że osoby zostały powołane do pełnienia funkcji członków zarządu HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w dniu 9 lutego i tym samym mając na względzie długotrwałość procedury uzyskiwania tychże dokumentów oraz krótki okres czasu dzielący datę powołania ww. członków do zarządu, a terminem składania wniosków o dopuszczenie do postępowania brak było możliwości uzyskania odpowiedniego zaświadczenia.

Takie rozumowanie według Konsorcjum ALPINE przeczy naczelnej zasadzie równego traktowania Wykonawców, którą niewątpliwie kieruje się ustawodawca określając odpowiednio długi termin, jaki musi upłynąć między datą opublikowania ogłoszenia i datą składania wniosków. W tym czasie Wykonawca powinien właściwie przygotować swoją ofertę tak w zakresie merytorycznym, jak i formalnym. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest głównie skierowany na umożliwienie Wykonawcom uzyskania nowych zaświadczeń, ale przede wszystkim jest skierowany na umożliwienie uzupełnienia oferty o zaświadczenia, które nie zostały dołączone do oferty (KIO/ 1732/10). W związku z powyższym dołączone przez Odwołującego do wyjaśnienia z dnia 29 kwietnia oświadczenia złożone przed niemieckim notariuszem nie mają żadnego znaczenia względem daty (po dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zaświadczeń z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Bonn. Dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu powinny potwierdzać ich spełnianie nie później

niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc powinny być aktualne na dzień składania wniosków.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Odwołujący, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył w odniesieniu do członka konsorcjum Hochtief Solutions AG w Essen (Niemcy), zaświadczenia o niekaralności wobec dwóch członków zarządu tego podmiotu, nie złożył natomiast dokumentów potwierdzających, że pozostałe dwie osoby wchodzące w skład zarządu tego podmiotu nie były karane za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4 -8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, dotyczące dokumentów dla dwóch ostatnich osób, Odwołujący złożył zaświadczenia o niekaralności („Fiőhrungzeugnis") dla tych osób, wystawione w dniu 1 kwietnia 2011 roku przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn („Bundesamt fur Justiz") oraz oświadczenia tych osób złożone przed notariuszem, iż na dzień 28 lutego 2011 roku (tj. na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących prace zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstw lub przestępstw skarbowych.

Dnia 20 maja 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazując, iż wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podał, że wskazane dwie osoby mają miejsce zamieszkania na terenie Republiki Federalnej Niemiec, a w tym kraju zaświadczenia o niekaralności wystawiane są przez Federalny Urząd Sprawiedliwości. Tym samym, według Zamawiającego, nie ma tutaj zastosowania § 4 ust. 3 *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,* zgodnie z którym, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty

dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, iż dodatkowe oświadczenia złożone przed notariuszem nie mogły być brane pod

uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, zaświadczenia o niekaralności dla dwóch członków zarządu Hochtief Solutions AG, wystawione w dniu 1 kwietnia 2011 roku nie potwierdzają, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na dzień składania wniosków, tj. na dzień 28 lutego 2011 roku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek złożony przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone na piśmie, a także w trakcie rozprawy, zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego (nakazanie unieważnienia wykluczenia Odwołującego) może skutkować znalezieniem się przez Odwołującego wśród siedmiu wykonawców zaproszonych do złożenia oferty a w konsekwencji dalsze ubieganie się o zamówienie.

Sporną w sprawie jest kwestia niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z powodu niewykazania okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że sporna kwestia, to jest jaki dokument należy złożyć na potwierdzenie niepodlegania przez wykonawcę wykluczeniu w zakresie niekaralności osób reprezentujących wykonawcę wywołuje rozbieżności – zarówno w praktyce stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych jak i orzecznictwie. Istnienie tych rozbieżności doskonale obrazują stanowiska stron tego postępowania: zarówno Odwołujący jak i Zamawiający oraz Przystępujący do postępowania odwoławczego zaprezentowali cały wachlarz orzeczeń wydanych w przedmiotowym zakresie, wskazujący na zasadność odpowiedniego stanowiska każdej ze stron i uczestnika, które to stanowiska, w celach poglądowych, zaprezentowano na wstępie niniejszego uzasadnienia. Wyrażane są poglądy, że dla wykazania niepodlegania wykluczeniu w oparciu o przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych konieczne jest złożenie zaświadczenia z odpowiedniego organu sądowego lub administracyjnego wydawanego w kraju, gdzie siedzibę ma wykonawca czy też gdzie mają miejsce zamieszkania osoby, których ten dokument dotyczy. Wyrażany jest także pogląd, iż w dla podmiotu lub osób posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania w Niemczech składane powinno być jedynie oświadczenie złożone przed notariuszem lub właściwym organem, bowiem niemiecki odpowiednik krajowego rejestru karnego nie zawiera tożsamych informacji do KRK, zaś niektóre czyny i orzeczone kary w ogóle nie są uwzględniane w tym rejestrze. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało także myśl, zgodnie z którą możliwą do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której wykonawca mający siedzibę poza granicami RP złożyłby dwa rodzaje dokumentów: zaświadczenie pochodzące od organu właściwego dla siedziby tego wykonawcy, drugi – oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Skład orzekający, na gruncie tej sprawy, po przeanalizowaniu występujących okoliczności, z uwzględnieniem argumentacji, które legły u podstaw wcześniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do analogicznego zagadnienia prawnego, uznał, iż nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania fakt

złożenia oświadczenia przed notariuszem zamiast zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego dotyczącego niekaralności osób reprezentujących wykonawcę w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonując zatem rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie uwzględniono okoliczność rozbieżności w orzecznictwie jak również brzmienie przepisów, znajdujących zastosowanie do spornego zagadnienia.

Poza sporem jest, że Odwołujący w odniesieniu do dwóch, spośród czterech członków zarządu jednego z wykonawców składających się na konsorcjum (HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w Essen), mającego miejsce siedzibę w Niemczech, złożył oświadczenia przed notariuszem, zgodnie z którymi każdy z członków zarządu na dzień składania wniosków nie był karany za przestępstwa w zakresie wynikającym z treści art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył także wobec tych członków zarządu „Zaświadczenia o niekaralności" („Führungszeugnis"), które jednak wystawione były i potwierdzały stan na dzień 1 kwietnia 2011 r., to jest po terminie składania wniosków.

Uznano, że nie mogą stanowić podstawy oceny Zamawiającego „Zaświadczenia o niekaralności" („Führungszeugnis") odnoszące się do wskazanych dwóch członków zarządu HOCHTIEF SOLUTIONS A.G. w Essen, z uwagi na to, że potwierdzają one stan na datę po upływie terminu składania wniosków, czego zresztą żadna ze stron nie kwestionuje. W tym zakresie zatem podzielono ocenę Zamawiającego w odniesieniu do złożonych zaświadczeń z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości.

Sporne zatem w sprawie jest, czy złożenie w odniesieniu do jednego z członków odwołującego się konsorcjum, mającego siedzibę w Niemczech, dla dwóch członków zarządu oświadczeń przed notariuszem dotyczących niekaralności w zakresie przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zamawiający uczynił przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, których reprezentanta (wspólnika spółki jawnej, partnera lub członka zarządu spółki partnerskiej, komplementariusza spółki komandytowej lub komandytowo – akcyjnej, urzędującego członka organu zarządzającego osoby prawnej) prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na wymienionej podstawie, zamawiający – zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 1 pkt 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz.U. z 2009, Nr 226, poz. 1817) – może żądać aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8

ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia, wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Polski zamiast aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Natomiast, w myśl § 4 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, 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.

W świetle powyższego ukształtowały się dwa kierunki rozumienia tego przepisu (jak i w odniesieniu do analogicznie brzmiącego § 2 ust. 2 powołanego rozporządzenia). Możliwość złożenia oświadczenia przed notariuszem (lub innym wymienionym w przepisie podmiotem) uzależniona została od nie wydawania w porządku prawnym kraju siedziby wykonawcy lub kraju zamieszkania osób, których mają dotyczyć dokumenty zaświadczenia organu sądowego lub administracyjnego. Ogólne odesłanie w dyspozycji analizowanego przepisu do sytuacji, że *„w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1”* pozwala wnioskować, na gruncie przepisu § 4 ust. 1 Rozporządzenia, do którego następuje odesłanie, że może chodzić zarówno o ogólne kategorie dokumentów, o których mowa w przepisie § 4 ust. 1 Rozporządzenia (zagraniczne odpowiedniki zaświadczenia z KRK, zaświadczenia z ZUS i US, dokumenty z których wynika, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy, ani nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie), jak też możliwa jest taka interpretacja tego przepisu, zgodnie z którą chodzi o wymienione dokumenty z całym opisem i uszczegółowieniem (sądowy lub administracyjny organ wystawiający zaświadczenie; zakres tego oświadczenia obejmujący czyny wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych). Dostrzeżenia wymaga, że opis dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 Rozporządzenia, do których odsyła przepis pozwalający złożyć oświadczenie przed notariuszem, z jednej strony odsyła dalej do przepisu § 2 ust. 1 Rozporządzenia (… *zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 …),* z drugiej zaś – wymienia w pkt 1 – 2 kategorie dokumentów składanych dla potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Powyższa konstrukcja przepisu pozwala na tle jego brzmienia dokonywać różnych zabiegów interpretacyjnych i odczytywać

różne jego znaczenie, w szczególności w zakresie spornego dokumentu dotyczącego niekaralności. Możliwa jest taka interpretacja przepisu – i ta wydaje się być bliższą literalnemu brzmieniu § 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 Rozporządzenia – zgodnie z którą oświadczenie przed notariuszem (lub innym organem) wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Polski składa, gdy *nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1,* to jest, w odniesieniu do dokumentu dotyczącego niekaralności osoby, nie wydaje się dokumentu opisanego w § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia: *zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy*.

Uznano w powyższym zakresie, że co do zasady, wystarczającym dla wykazania nie podlegania wykluczeniu z powodów opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 4 -8 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, niezależnie od zakresu informacyjnego właściwego rejestru, w tym tego czy wpisywane są do niego wszystkie przestępstwa (w tym, czy zakres wpisywanych czynów będzie odpowiadał katalogowi przestępstw wyszczególnionych w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy), z uwagi na szybkość postępowania o zamówienie publiczne i niejednokrotnie niemożliwą do analizy różnicę porządków prawnych w zakresie czynów karalnych w różnych krajach. Nie bez znaczenia jest tutaj okoliczność, że ogłoszenie o zamówieniu, które jest zasadniczym źródłem wiedzy o dokumentach, jakie wykonawcy powinni złożyć, by ubiegać się o zamówienie, nigdy nie będzie w pełni realizowało celu informacyjnego w tym zakresie w odniesieniu do wykonawców spoza kraju, co najwyżej przytaczając ogólne brzmienie wskazanych wyżej regulacji rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który złoży dopuszczone w treści rozporządzenia oświadczenie przed notariuszem powinien zostać z tego powodu wykluczony.

W tym kontekście bez znaczenia pozostawała okoliczność, dostrzeżona przez Zamawiającego, że w odniesieniu do pozostałych dwóch członków zarządu Hochtief Solutions AG złożono aktualne zaświadczenia o niekaralności („Führungszeugnis”) a także przyczyny tego stanu rzeczy.

Nie stanowi zatem wystarczającej podstawy dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu w analizowanym stanie faktycznym – wbrew stanowisku Zamawiającego,

wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie fakt, że na stronie Komisji Europejskiej (oraz – za tą stroną – na stronie Urzędu Zamówień Publicznych) wskazano, jako dokumenty wydawane w Niemczech zaświadczenia o niekaralności pochodzące z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości. Zawartość tych stron ma charakter informacyjny, nie stanowi i nie zastępuje obowiązującego prawa, przy czym – jak wskazano wyżej -

w przedmiotowej sprawie nie odmówiono wartości zaświadczenia odpowiedniego rejestru w Niemczech dla wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5 – 8 ustawy w związku z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca – jak się wydaje – dla potrzeb porządkowych i w celu unifikacji dokumentów i czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne (a temu celowi wszak służy całe *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane)* wprowadził kolejność przedkładania odpowiednich dokumentów, w tym składania dokumentów „zastępczych" (oświadczeń w miejsce zaświadczeń). Ta regulacja nie stanowi jednak o prymacie jednych dokumentów nad drugimi (szczególnie ze skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania), lecz jej zadaniem jest ujednolicenie procedur i dokumentów oraz usprawnienie postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś jego nadmierne formalizowanie.

Nie można spornego w sprawie zagadnienia odrywać od celu, jakiemu służy udokumentowanie nie podlegania wykluczeniu za pomocą spornych dokumentów. Jakkolwiek bowiem postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem sformalizowanym i w znacznym stopniu rygorystycznym, jednak formalizm nie jest celem samym w sobie i ma służyć realizacji celu postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest zawarcie umowy zamówienie publiczne. Formalizm ten, jak i nadanie przez ustawodawcę jednolitych dla wszystkich uczestników postępowania ram i postawienie jednakowych wymagań podporządkowane są temu celowi i nie powinny mieć przed nim pierwszeństwa. Kwestia udokumentowania nie podlegania wykluczeniu jest sferą związaną z dopuszczeniem określonego katalogu podmiotów do udziału w postępowaniu, nie stanowi zaś narzędzia konkurowania wykonawców między sobą.

Tym samym nie wydaje się właściwą praktyka wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył dopuszczony treścią przepisów dokument, wykazujący niepodleganie wykluczeniu, szczególnie w okolicznościach niejednoznacznego przepisu i rozbieżnego na jego tle orzecznictwa. Już choćby te dwie okoliczności powinny skłaniać do wyrozumiałego traktowania analizowanego zagadnienia.

Na gruncie analizowanej sprawy bezspornym jest, że zakres informacyjny zaświadczenia z niemieckiego odpowiednika KRK nie obejmuje wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Informacja uzyskana z Krajowego Rejestru Karnego w Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku wskazania jako podstawy uzyskania informacji art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy jedynie skazania za enumeratywnie wymienione w tym przepisie przestępstwa. Jednakże w przypadku braku wskazania jako podstawy

uzyskania takich informacji art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera ona pełny zakres danych dotyczących danej osoby, wynikający z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2000 r., Nr 50, poz. 580 z późn. zm.), a więc nie tylko dane dotyczące prawomocnego skazania za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Natomiast, w Republice Federalnej Niemiec wydaje się „Zaświadczenie *o niekaralności"* („Führungszeugnis"). Odwołujący załączył do odwołania wyciąg wraz z tłumaczeniem niemieckiej Ustawy o Centralnym Rejestrze oraz Rejestrze Środków Wychowawczych (Ustawa o Federalnym Rejestrze Centralnym – BZRG) z którego wynika, iż do rejestru wpisuje się prawomocne orzeczenia sądowe, zaś poza zapisami tego rejestru pozostają między innymi *„skazania, w wyniku których orzeczono:*

a) karę pieniężną nie przekraczającą niż dziewięćdziesiąt stawek dziennych,

b) *karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy do trzech miesięcy, jeśli w rejestrze nie wpisana jest inna kara".*

Powyższe oznacza zatem, iż do rejestru niemieckiego nie są wpisywane skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono kary poniżej dolnej granicy wskazanej w ustawie o federalnym rejestrze centralnym.
Niewątpliwym jest więc, iż w Republice Federalnej Niemiec w *„Zaświadczeniu o niekaralności”,* w oparciu wyłącznie o zakres objęty polską ustawą o Krajowym Rejestrze Karnym, w zestawieniu z niemiecką ustawą o federalnym rejestrze centralnym, nie są ujawniane wszystkie skazania. Fakt, iż niemieckie *„Zaświadczenie o niekaralności”* nie obejmuje skazania za wszystkie przestępstwa, już w tym zakresie czyni je różnym od informacji uzyskiwanej z Krajowego Rejestru Karnego. Możliwą jest więc w określonych stanach faktycznych sytuacja, że orzeczona zostanie kara grzywny, której dolna granica będzie niższa niż dolna granica poniżej której skazania nie są wpisywane do niemieckiego rejestru. Tym samym może zdarzyć się, iż skazania za np. przestępstwa oszustw majątkowych mogą, z uwagi na orzeczoną karę nie być ujęte w niemieckim *„Zaświadczeniu o niekaralności”.*

Powyższe oznacza, iż faktycznie zakres informacji ujawniony w niemieckim *„Zaświadczeniu o niekaralności”* wydanym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości nie odpowiada nie tylko, że zakresowi uzyskiwanemu w informacji z Krajowego Rejestru Karnego w Rzeczypospolitej Polskiej, ale i zakresowi wymaganemu przez art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku braku takiego dokumentu bądź zaświadczenia, albo też gdy – zgodnie z art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - dokumenty lub zaświadczenia wydane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej nie obejmują wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz 2 lit. a), b) i c)

dyrektywy, a tym samym zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Skoro więc, jak już wyżej ustalono, zakres niemieckiego *„Zaświadczenia o niekaralności”* jest odmienny od informacji z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej, w niniejszym stanie faktycznym, nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy okoliczność złożenia w odniesieniu do dwóch członków zarządu podmiotu wchodzącego w skład odwołującego się konsorcjum oświadczenia dotyczącego niekaralności przed notariuszem.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania. Nie odbierało zasadności argumentacji Odwołującego oparcie jej na nieaktualnym stanie prawnym, w tym przytoczenie przepisów nieobowiązującego już Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – istota i treść przepisów w spornym zakresie nie uległa zmianie w stopniu, który czyniłby rozważania poczynione przez Odwołującego nieadekwatnymi do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: