

Gdańsk, dnia 12 stycznia 2011 roku

HBSA/TU/OBH/42/2011

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
Warszawa  
Ul. Postępu 17a

**Zamawiający:**

**Zarząd Morskiego  
Portu Mrzeżyno**  
72-330 Mrzeżyno  
Ul. Portowa 6  
e-mail portmrzezyno@gmail.com

**Odwołujący się Wykonawca:** **HYDROBUDOWA GDAŃSK SA** z siedzibą w Gdańsku  
80-264 przy ul. Grunwaldzkiej 135  
e-mail [sekretariat@hydrobudowa.com.pl](mailto:sekretariat@hydrobudowa.com.pl)  
fax (058) 341 56 30  
zwana dalej Hydrobudową lub Odwołującym  
w której imieniu działa na mocy załączonego  
pełnomocnictwa Barbara Chmielińska - Plaszczyk

**Zamówienie publiczne:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego  
w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie  
zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja portu  
rybackiego w Mrzeżynie”

**Nr ref. sprawy:** **01/11/2010/SPO**

### **ODWOŁANIE**

Hydrobudowa Gdańsk SA z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 135, działająca w własnym, na podstawie art. 179 w zw. z art. 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U.2004.19.177 z późn. zm.) zwanej dalej „Ustawą”, „Prawem zamówień publicznych” bądź „PZP”, wnosi Odwołanie od decyzji Zamawiającego – Zarządu Morskiego Portu Mrzeżyno w Mrzeżynie z dnia 3 stycznia 2011 r. pn.: *Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu, a polegającej:

- (i) na zakwalifikowaniu przez Zamawiającego do drugiej fazy postępowania Wykonawcy - Konsorcjum firm Mostostal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie, Acciona Infraestructuras SA z siedzibą w Alcobendas, Hiszpania oraz Biuro Projektów B.P.B.M. „BIMOR” (zwane dalej Konsorcjum Mostostal), pomimo iż wnioski o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Mostostal obarczony jest poważnym błędem formalnym skutkującym obowiązkiem obligatoryjnego wykluczenia tegoż Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z przepisem § 4 ust. 1 pkt 2) oraz ust. 2 i 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 (Dz.U.2009.226.1817) (dalej jako Rozporządzenie o dokumentach) oraz art. 45 ust. 1 in fine Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego, art. 24 ust. 2 pkt 4, 26 ust. 3 i 4 PZP;
- (ii) na zakwalifikowaniu przez Zamawiającego do drugiej fazy postępowania Wykonawcy - Konsorcjum firm: Korporacja Budowlana DORACO z siedzibą w Gdańsku, Moebius – Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Josef Moebius Bau Aktiengesellschaft z siedzibą w Hamburgu, Niemcy, Bunte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co KG z siedzibą w Papenburgu, Niemcy oraz Biuro Projektowo – Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwane dalej Konsorcjum Doraco),



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Grunwaldzka 135  
centrala: t-48 58 34 07 100  
sekretariat: t-48 58 34 10 270  
fax: t-48 58 34 15 630

[www.hydrobudowa.com.pl](http://www.hydrobudowa.com.pl)  
[sekretariat@hydrobudowa.com.pl](mailto:sekretariat@hydrobudowa.com.pl)

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00zł

NIP: 584 025 36 51  
Regon: 190004401

pomimo iż wnioski o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu tego Wykonawcy obciążony jest poważnym błędem formalnym skutkującym obowiązkiem obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum Doraco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z przepisem § 4 ust. 1 pkt 2 oraz 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 (Dz.U.2009.226.1817) (dalej jako Rozporządzenie o dokumentach) a także przepis art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE in fine, art. 24 ust. 2 pkt 4, 26 ust. 3 i 4 PZP;

Odwołujący wskazuje, iż opisane powyżej czynności Zamawiającego – decyzja o (i) zakwalifikowaniu Konsorcjum Mostostal do drugiej fazy przedmiotowego postępowania oraz zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy z niniejszego postępowania, a także (ii) zakwalifikowaniu Konsorcjum Doraco do drugiej fazy przedmiotowego postępowania oraz zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy z niniejszego postępowania naruszają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, a przede wszystkim: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4 PZP oraz inne wymienione w treści niniejszego Odwołania, w tym przepisy 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.2009.226.1817), a także przepis art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE in fine;

W przypadku uwzględnienia Odwołania Odwołujący wnosi o:

- 1) uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 3 stycznia 2011 roku przewidującej dopuszczenie do udziału w drugiej fazie przedmiotowego postępowania Konsorcjum Mostostal Warszawa SA – Acciona Infraestructuras SA – Biuro Projektów B.P.B.M. „BIMOR” oraz Konsorcjum Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.- Moebius-Bau Polska Sp. z o.o.- Josef Moebius Bau Aktiengesellschaft- Bunte Polska Sp. z o.o. - Johann Bunte Bauunternehmung GmbH&Co KG – Biuro Projektowo – Inżynierskie REDAN Sp. z o.o. oraz innych Wykonawców;
- 2) wykluczenie Wykonawców – Konsorcjum Mostostal oraz Konsorcjum Doraco z przedmiotowego postępowania w oparciu o przepisy wskazane w części Odwołania opisującej zarzuty;
- 3) dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny wniosków Wykonawców o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu i dopuszczenie do udziału w drugiej fazie postępowania Odwołującego oraz Wykonawcę Energopol – Szczecin SA z siedzibą Szczecin, jako wykonawców spełniających wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu;

Odwołujący wskazuje, iż jego interes prawny w złożeniu niniejszego Odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego Odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Zamawiający będzie zobowiązany do wykluczenia z postępowania Wykonawców nie spełniających warunków udziału w tymże postępowaniu, czego efektem będzie doprowadzenie przedmiotowego postępowania do zgodności z odpowiednimi przepisami, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP.

Odwołujący wskazuje, iż jako uczestnik postępowania przetargowego jest zainteresowany prawidłowym, zgodnym z prawem, jego przebiegiem, w szczególności w sytuacji gdy podjęte przez Zamawiającego czynności nie są prawidłowe tak z punktu widzenia postanowień Ogłoszenia o zamówieniu, jaki i przepisów Prawa Zamówień Publicznych oraz innych ustaw, a także Dyrektywy 2004/18/WE.

Niniejsze Odwołanie zostało podpisane i wniesione w imieniu Hydrobudowy Gdańsk SA przez upoważnionego do tej czynności przez Zarząd Spółki - pracownika Spółki.

Dowód: *Pełnomocnictwo do podpisania i wniesienia niniejszego Odwołania udzielone Pani Barbarze Chmieleńskiej - Plaszczyk*

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 15 listopada 2010 r.



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Grunwaldzka 135  
centrala: +48 58 34 07 100  
sekretariat: +48 58 34 10 270  
fax: +48 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301

Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00 zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00 zł

NIP: 584 025-36-51  
Regon: 190004401

Odwołujący wskazuje, iż wobec faktu, iż wartość przedmiotowego zamówienia publicznego przewyższa kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP Wykonawcom przysługują środki odwoławcze w pełnym przewidzianym ustawowo zakresie i zgodnie z przepisem art. 181 ust. 1 pkt 1 PZP - znajdującym zastosowanie w przedmiotowym stanie faktycznym - winny być wnoszone w dziesięciodniowym terminie liczonym od dnia opublikowania na stronie internetowej *Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu* stanowiącej podstawę do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

W świetle powyższego niniejsze Odwołanie wniesione zostało w ustawowym terminie.

Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 PZP przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego Odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, na potwierdzenie czego przedkłada potwierdzenie przekazania tamże niniejszego pisma przy zastosowaniu poczty elektronicznej.

*Dowód: potwierdzenie przesłania drogą poczty elektronicznej*

## Uzasadnienie

### I. Stan faktyczny i prawny

1. W dniu 15 listopada 2010 r. Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Mrzeżyno ogłosił przetarg ograniczony na zadanie inwestycyjne pn.: „Modernizacja portu rybackiego w Mrzeżynie”.

W przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w nim w dniu 16 grudnia 2010 r. złożyło czterech Wykonawców - Konsorcjum Mostostal, Konsorcjum Doraco, Energopol-Szczecin SA oraz Odwołujący.

2. Zamawiający zgodnie z Sekcją III.2.1) in fine Ogłoszenia wymagał - w przypadku gdy Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedłożenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania dokumentów potwierdzających fakt niekaralności osób pełniących w firmie Wykonawcy funkcję urzędującego członka organu zarządzającego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP w formie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania tejże osoby potwierdzającego brak prawomocnego skazania za przestępstwa wymienione w w/w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8) PZP.

Nadto Zamawiający, w nawiązaniu do przepisu § 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 (Dz.U.2009.226.1817) [dalej jako Rozporządzenie o dokumentach] dopuścił, w przypadku gdy w miejscu zamieszkania lub siedziby podmiotu (osoby) nie wydaje się dokumentów, o których mowa w przepisach, przedłożenie dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

4. Art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 PZP stanowi, iż z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się wykonawców, których urzędującego członka organu prawomocnie skazano za popełnienie wymienionych w tym przepisie przestępstw, a na potwierdzenie braku ich zaistnienia Zamawiający, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia o dokumentach, może żądać „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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”.

Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 5 (aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 PZP) składa „zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 PZP”. Natomiast w sytuacji, gdy „w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Gmieszadzka 135  
centrala: +48 58 34 07 100  
sekretariat: +48 58 34 10 270  
fax: +48 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00zł

NIP: 584-025-36-51  
Regon: 190004401

którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 Rozporządzenia o dokumentach zastępuje się je dokumentem zawierającym 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.

Art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WR z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazuje, iż w toku analizy poprawności dokumentów należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę krajowe przepisy Państwa Członkowskiego, w którym znajduje się siedziba lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub osoby, co do której przedkładanie jest stosowne zaświadczenie.

Zgodnie z przepisem powoływanego powyżej art. 45 ust. 2c) Dyrektywy podstawą do wykluczenia Wykonawcy z postępowania jest nieprzedłożenie przez Wykonawcę dokumentu potwierdzającego fakt niekaralności, zgodnie z krajowymi przepisami. Ponadto ust. 3a w/w art. Dyrektywy stanowi, iż dowodem na potwierdzenie niekaralności Wykonawcy jest wyciąg z krajowego rejestru karnego, a w przypadku jego braku dokument równoważny wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydane przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia osoby.

W kontekście uwag powyżej koniecznym jest przywołanie jednej z podstawowych zasad prawa wspólnotowego jaką jest zasada nadrzędności, która przewiduje, iż prawo pierwotne oraz akty wydane na jego podstawie będą stosowane przed prawem krajowym. Tym samym przy dokonywaniu oceny poprawności dokumentów składanych w toku postępowania przez Wykonawców mających siedzibę w UE, konieczne jest każdorazowo weryfikowanie postanowień w/w Dyrektywy 2004/18/WE pod kątem oceny czy zasada składania dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu podlega swobodnym regułom prawa krajowego, czy też norma dyrektywy stanowi inaczej (tak Komentarz do Rozporządzenia o dokumentach, Grupa Sienna, Warszawa 2009). Stwierdzić należy, iż w odniesieniu do dokumentów potwierdzających fakt niekaralności podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza krajem, na terenie którego udzielane jest zamówienie, kluczową rolę w zakresie interpretacji ich poprawności mają, na mocy Dyrektywy, przepisy prawa kraju zamieszkania lub siedziby osoby lub wykonawcy.

Tak więc kluczowym dla stwierdzenia poprawności przedkładanych dokumentów jest ocena zakresu informacji w nich ujawnianych oraz okresu ich ważności, zgodnie z prawem krajowym właściwego Państwa Członkowskiego.

W odniesieniu do regulacji prawa polskiego wskazać należy, iż informacja uzyskana z Krajowego Rejestru Karnego, w przypadku wskazania jako podstawy uzyskania informacji art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy PZP 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 PZP 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.

Odmienne kształtuje się kwestia zakresu informacji ujawnianej w zaświadczeniu o niekaralności wydawanego w oparciu o przepisy prawa Republiki Federalnej Niemiec – ustawę z dnia 18 marca 1971 r. o rejestrze centralnym i rejestrze opiekuńczym. Zgodnie z § 32 ust. 2 w/w ustawy określono szereg informacji, których pomimo tego że znajdują się w rejestrze, nie zamieszcza się w zaświadczeniu. Są to informacje między innymi o skazaniach, jeżeli orzeczono karę grzywny w wysokości nieprzekraczającej 90 stawek dziennych albo karę pozbawienia wolności lub karę aresztu nieprzekraczającą 3 miesięcy, karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 2 lat, jeżeli wykonanie tej kary zostało warunkowo zawieszone. Wskazać również należy, iż skazanie na karę grzywny w wysokości nieprzekraczającej 90 stawek dziennych albo karę pozbawienia wolności lub karę aresztu nieprzekraczającą 3 miesięcy jest przez niemieckiego ustawodawcę traktowane na odmiennych zasadach niż inne skazania. W tym przypadku bowiem nie stosuje się przewidzianej w § 38 w/w ustawy zasady, w myśl której



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Grunwaldzka 115  
centrala: 4-88 58 34 07 100  
sekretariat: 4-88 58 34 10 270  
fax: 4-88 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00 zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00 zł

NIP: 584-025-36-51  
Regon: 190004401

jeżeli rejestr zawiera informacje o więcej niż jednym skazaniu, to w zaświadczeniu zamieszcza się dane o wszystkich skazaniach, tak długo dopóki zamieszczeniu podlega choć jedno z nich. Opisana instytucja nie ma swojego odpowiednika w prawie polskim (Opinia prawna, dr Sławomir Steinborn, załączona)

Przywołany stan prawny obejmujący odmienności w zakresie regulacji kwestii zakresu danych ujawnianych w zaświadczeniu o niekaralności wydawanym na terenie Republiki Federalnej Niemiec znalazł swoje odzwierciedlenie w sprawie pod sygn. akt KIO/UZP 148/10 oraz KIO/UZP 155/10, w której Izba uznała, iż zakres informacji ujawniony w niemieckim „zaświadczeniu niekaralności” wydany 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 Pzp. Dlatego też niemieckie „zaświadczenie niekaralności” nie powinno być przedstawiane jako dokument potwierdzający spełnianie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp.

W okolicznościach braku takiego dokumentu bądź zaświadczenia, albo też gdy - zgodnie z art. 45 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i 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 PZP mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed notariuszem lub właściwym organem. Skoro więc, jak już wyżej ustalono, zakres niemieckiego „zaświadczenia niekaralności” jest odmienny od informacji z Krajowego Rejestru Karnego Rzeczypospolitej Polskiej, wystarczającym było złożenie stosownych oświadczeń złożonych przed notariuszem odpowiednio przez Członków Zarządu Wykonawcy.

Wyrokiem z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/2448/10 Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, iż niemieckie „zaświadczenie o niekaralności” nie powinno być przedstawiane jako dokument potwierdzający spełnienie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP i na mocy odrębnych unormowań winno być zastępowane oświadczeniem złożonym przez członków zarządów przed notariuszem.(...) Izba zauważyła również, iż możliwym do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której wykonawca mający siedzibę poza granicami RP złożyłby dwa rodzaje dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu odniesieniu do wymogu art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 PZP. Jeden z organu właściwego dla siedziby tego wykonawcy, drugi – oświadczenie przed notariuszem, właściwym organem sadowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiedniego kraju pochodzenia osoby, lub kraju w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Wskazane dokumenty mogłyby się uzupełniać, co skutkowałoby uzyskaniem przez zamawiającego pełnej kompletnej informacji, do której żądania jest uprawniony.

Podobnie do stanu prawnego opisanego powyżej w odniesieniu do prawa niemieckiego kształtuje się sytuacja w odniesieniu do prawa hiszpańskiego. Zgodnie bowiem z Rozporządzeniem z dnia 1 kwietnia 1896 r., Reguła trzecia oraz Rozporządzeniem z dnia 9 stycznia 1914 r. zaświadczenie o niekaralności wydawane przez Centralny Rejestr Skazanych i Skazanych Zaocznie może być użyte tylko w celu w nim wskazanym i traci ważność po trzech miesiącach od dnia wystawienia, co stanowi o niespójności przepisów polskich z hiszpańskimi w tym zakresie.

Zgodnie z regułami wykładni opisanymi powyżej, w tym w szczególności regułą wspólnotową nadrzędności prawa pierwotnego oraz zasada opisaną w art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE, uznać należy, iż wykonawca mający siedzibę w Królestwie Hiszpanii, jeśli członkowie organów nim zarządzających mają miejsce zamieszkania tamże koniecznym, dla spełnienia zasad wynikających z prawa polskiego, jest przedłożenie zaświadczenia opisanego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP z uwzględnieniem faktu, iż jest ono ważne wyłącznie przez okres 3, nie zaś 6 miesięcy.

Zakres danych ujawnianych w zaświadczeniu o niekaralności wydawanym przez Centralny Rejestr Skazanych i Skazanych Zaocznie nie odpowiada zakresowi wynikającemu z polskich regulacji w tym zakresie, opisanych powyżej.



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Grunwaldzka 135  
centrala: +48 58 34 07 100  
sekretariat: +48 58 34 10 270  
fax: +48 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00zł

NIP: 584 025-36-51  
Regon: 190004401

## **II. Zarzuty szczegółowe – wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Mostostal**

### **Nie załączenie do oferty dokumentów potwierdzających niekaralność urzędujących członków organów zarządzających**

Konsorcjum Mostostal do wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu załączyło zaświadczenie o niekaralności (kopia oryginału wraz z tłumaczeniem na język polski) urzędujących członków organów zarządzających w Spółce Partnera Konsorcjum - Acciona Infraestructuras SA, Pana Pedro Martinez Martinez wydane w dniu 7 września 2010 r. oraz Pana Vicente Santamaria de Peredes Castello również wydane w dniu 7 września 2010 r.

*Dowód: zaświadczenie o niekaralności Pedro Martinez Martinem oraz Vicente Santamaria de Peredes Castello wraz z tłumaczeniem – 4 strony*

Zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 1 kwietnia 1896 r., Reguła trzecia oraz z dnia 9 stycznia 1914 r. przedmiotowe zaświadczenie może być użyte wyłącznie w celu w nim wskazanym i traci ważność po trzech miesiącach od dnia wystawienia.

Powyższe unormowanie nie jest spójne z zasadami wynikającymi z Rozporządzenia o dokumentach, w którym wyraźnie ustawodawca wskazuje jako okres ważności dokumentów potwierdzających fakt nieskazania za określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP przestępstwa w okresie 6 miesięcy od dnia wydania przez stosowny organ przedmiotowego zaświadczenia.

Wobec tego, iż regulacje krajowe nie są w powyższym względzie kompatybilne, w celu wykładni prawa należy sięgnąć do wielokrotnie już powoływanej Dyrektywy 2004/18/WE, w oparciu o przepisy której stwierdzić należy, iż kluczowe znaczenie dla uznania czy dokumenty opisywane są ważne czy też nie ma norma prawa hiszpańskiego. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż dokumenty załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Mostostal są nieważne, na gruncie prawa hiszpańskiego, zatem nie powinny być uznane za wystarczające w świetle prawa polskiego.

Dodatkowo zakres informacji karnej wynikającej z zaświadczenia o niekaralności wydanego na gruncie prawa hiszpańskiego nie wyczerpuje wymogów ustalonych na mocy art. 24 ust. 1 pkt 4- 8 PZP, co dodatkowo eliminuje możliwość uznania przedmiotowego dokumentu za prawidłowy z punktu widzenia prawa polskiego oraz wymogów postawionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

## **II. Zarzuty szczegółowe – wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Doraco**

### **Nie załączenie do wniosku dokumentów potwierdzających niekaralność urzędujących członków organów zarządzających**

Konsorcjum Doraco załączyło do oferty zaświadczenia o niekaralności urzędujących członków zarządów Spółek Partnerów Konsorcjum, tj.:

#### **1) Spółki Moebius – Bau Polska Spółka z o.o.**

- Pana Holgera Blum zamieszkałego Eichenweg 5 23898 Sandesneben, Niemcy wydane przez Polskie Ministerstwo Sprawiedliwości, Krajowy Rejestr Sądowy oraz Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy
- Pana Gerharda Raubenheimera zamieszkałego Am Huewel 39, 593-48 Luedinghausen ot Seppenrade, Niemcy wydane przez Polskie Ministerstwo Sprawiedliwości, Krajowy Rejestr Sądowy oraz Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy

#### **2) Spółki Johann Bunte Bauunternehmung GmbH &Co. KG**

- Pana Manfreda Wendt zamieszkałego Eicherstr. 14 26871 Papenburg, Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy
- Pana Johanna Bernharda Hebbelmana zamieszkałego Bergstr. 18, 49779 Niederlangen, Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Grunwaldzka 135  
centrala: +48 58 34 07 100  
sekretariat: +48 58 34 10 270  
fax: +48 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00 zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00 zł

NIP: 584-025-36-51  
Regon: 190004401

- Pana Helmuta Bernharda Renze zamieszkałego Brummers Wiese 27, 49808 Lingen (Ems), Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy
- Pana Dietera Willi Stagnet, zamieszkałego Russellstr. 3 26871 Papenburg, Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy

3) Josef Mobius Bau – Aktiengesellschaft

- Pana Gerharda Raubenheimera zamieszkałego Am Huewel 39, 593-48 Luedinghausen ot Seppenrade, Niemcy wydane Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy
- Pana Holgera Blum zamieszkałego Eichenweg 5 23898 Sandesneben, Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy

4) Bunte Polska Sp. z o.o.

- Pana Helmuta Bernharda Renze zamieszkałego Brummers Wiese 27, 49808 Lingen (Ems), Niemcy Świadcstwo o niekaralności wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn, Niemcy

które, zdaniem Odwołującego nie spełniają ustawowych warunków w zakresie udokumentowania wymogu opisanego w art. 24 ust. 1 pkt 4- 8 PZP, z uwagi na zakres jaki obejmują, bowiem – z uwagi na miejsce zamieszkania wszystkich w/w osób, pod uwagę należy brać wyłącznie Świadcstwa o niekaralności wydane przez Urząd Sprawiedliwości w Bonn.

Bezspornym jest, iż w Republice Federalnej Niemiec Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn wydaje „zaświadczenie niekaralności” („Führungszeugnis”). Natomiast kwestią, wymagającą potwierdzenia jest jego zakres.

W uzasadnieniu do Wyroku KIO z dnia 2 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 148/10 i 155/10 Izba powołując się na dowody przedłożone w tymże postępowaniu wskazuje, iż:

*„Z przedłożonego przez Odwołującego wyciągu z niemieckiej ustawy o federalnym rejestrze centralnym jednoznacznie wynika, iż do rejestru wpisuje się prawomocne orzeczenia sądowe, a rejestr ten nie obejmuje m.in. „skazania, w wyniku których orzeczono:*

- 1. karę pieniężną nie większą niż dziewięćdziesiąt stawek dziennych,*
- 2. karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy nie większą niż trzy miesiące, jeśli w rejestrze nie wpisana jest inna kara”.*

Powyższe więc oznacza, iż w rejestrze niemieckim 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 niekaralności” („Führungszeugnis”), 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 niekaralności” nie obejmuje skazania za wszystkie przestępstwa już w tym zakresie czyni je różnym od informacji uzyskiwanej z Krajowego Rejestru Karnego. Na dowód powyższego Odwołujący wskazał przykładowo, iż w odniesieniu do przestępstw oszustw majątkowych praktyką sądów niemieckich jest orzekanie kary grzywny w wysokości nie większej niż dziewięćdziesiąt stawek dziennych, tym samym w rejestrze nie ujawnia się skazania za przestępstwa, za popełnienie których orzeczono taką właśnie karę. Możliwym jest więc w określonych stanach faktycznych orzeczenie kary grzywny, której dolna granica jest niższa niż dolna granica poniżej której skazania nie są wpisywane do niemieckiego rejestru. Tym samym Odwołujący uprawdopodobniając, iż skazania za przestępstwa oszustw majątkowych mogą z uwagi na orzeczoną karę nie być ujawnione w niemieckim „zaświadczeniu niekaralności”.

Tym samym Izba stwierdziła, iż faktycznie zakres informacji ujawniony w niemieckim „zaświadczeniu niekaralności” wydanym przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn 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 Pzp. Dlatego też niemieckie „zaświadczenie niekaralności” nie powinno być przedstawiane jako dokument potwierdzający spełnianie warunku z art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp.”



Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała w Wyroku z dnia 23 listopada 2010 r., w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/2448/10, w której KIO poddała ocenie pod kątem zakresu informacji karnej zamieszczonej w dokumentach – Zaświadczenia tożsame z zarzucanymi jako niewystarczające w sprawie niniejszej.

Dla potwierdzenia stanu prawnego obowiązującego na terenie Republiki Federalnej Niemiec, Odwołujący załącza opinię ekspercką opisującą przedmiotową kwestię.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż przedłożone przez Konsorcjum Doraco dokumenty na potwierdzenie niekaralności urzędujących członków organów Spółek Partnerów Konsorcjum są nieprawidłowe i nie mogą być przez Zamawiającego uznane za spełniające tak wymogi ustawy PZP, jak i SIWZ, wobec czego Konsorcjum Doraco winno zostać wykluczone z niniejszego postępowania.

Reasumując, Odwołujący wskazuje, iż niniejsze Odwołanie jest konieczne i uzasadnione oraz wnosi jak w petitum.

**K I E R O W N I K**  
Działu Umów

*Barbara Chmieleńska-Plaszczyk*

**Załączniki:**

1. Aktualny odpis z KRS Hydrobudowy Gdańsk SA – kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem
2. Ogłoszenie o zamówieniu
3. Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – wydruk ze strony internetowej
4. Kopia zaświadczenia o niekaralności Panów Pedro Martinez oraz Vicente Castello
5. kopie zaświadczeń o niekaralności osób zarządzających – Konsorcjum Doraco
6. opinia ekspercka dotycząca zakresu informacji karnej ujawnionej w zaświadczeniu (Niemcy)
7. pełnomocnictwo do wniesienia niniejszego Odwołania dla Pani Barbary Chmieleńskiej – Plaszczyk
8. potwierdzenie wniesienia opłaty od Odwołania
9. potwierdzenie przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu

**K.O:**

1. Prezes KIO
2. Zarząd Morskiego Portu Mrzeżyno
3. Hydrobudowa Gdańsk SA



HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A.  
80-264 Gdańsk, Gamowaldzka 135  
centrala: +48 58 34 07 100  
sekretariat: +48 58 34 10 270  
fax: +48 58 34 15 630

www.hydrobudowa.com.pl  
sekretariat@hydrobudowa.com.pl

Nr KRS: 0000040301  
Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku  
VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego  
Wysokość kapitału zakładowego: 14 631 600,00zł  
Wysokość kapitału wpłaconego: 14 631 600,00zł

NIP: 584 025-36-51  
Regon: 190004401