

Sygn. akt: KIO/UZP 491/08

WYROK
z dnia 3 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 2, 70-486 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Województwo Zachodniopomorskie, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** protestu z dnia 5 maja 2008 r.

przy udziale **P.P.H.U. Piomar Sp. Jawna, ul. Jagiełły 13-1, 49-300 Brzeg**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 2, 70-486 Szczecin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 2, 70-486 Szczecin**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 2, 70-486 Szczecin.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego. - zadanie 1”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 27 lutego 2008 r. (nr ogłoszenia 2008/S 40-055604). Postępowanie to prowadzi Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego działa Marszałek Województwa, zwane dalej: „*Zamawiającym*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”.

Przedmiotowe postępowanie Zamawiający podzielił na pięć części. Złożone odwołanie dotyczy części nr 1 – Dostawa komputerów stacjonarnych.

Zamawiający, za pośrednictwem faksu, w dniu 28 kwietnia 2008 r. przesłał *Odwołującemu* informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części nr 1, tj. oferty firmy P.P.H.U. Piomar Sp. Jawna z siedzibą w Brzegu, zwanej dalej: „*Piomar*”.

Na tę czynność Zamawiającego *Odwołujący* w piśmie z dnia 5 maja 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożył protest, w którym podniósł naruszenie następujących przepisów prawa: art. 7 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 3 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W uzasadnieniu protestu *Odwołujący* wskazał, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z tego powodu, że załączona do oferty tej firmy informacja z Krajowego Rejestru Karnego wskazuje na to, że jeden ze współników wykonawcy Piomar - Pan X był karany za przestępstwo z art. 270 § 1 Kodeksu karnego, czyli za przestępstwo fałszerstwa. W ocenie *Odwołującego* powyższe wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy Piomar z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż

przestępstwo fałszerstwa mieści się w zakresie wymienionym w przywołanym przepisie, tj. należy je zaliczyć do „innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”.

Jednocześnie też Odwołujący w treści protestu wskazał, że w związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był również wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwego oświadczenia o tym, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W treści protestu Odwołujący wniósł o:

- uchylenie czynności Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Piomar
- powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert
- wykluczenie wykonawcy Piomar
- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Do złożonego protestu na skutek wezwania Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 6 maja 2008 r. swoje przystąpienie złożył:

- MCSI Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 7 maja 2008 r., popierając zarzuty podniesione w proteście oraz
- Piomar w dniu 7 maja 2008 r., odpierając podniesione zarzuty.

Przystępujący Piomar wskazał, że popełniony przez Pana X występki z art. 270 § 1 KK nie dotyczy przestępstwa popełnionego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, nie dotyczy przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, nie dotyczy przestępstwa przekupstwa, nie dotyczy przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, jak również nie dotyczy innego przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także nie dotyczy przestępstwa skarbowego lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie albo w związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Przystępujący wskazał, że ów występki mieści się w rozdziale XXXIII „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji” – Kodeksu Karnego, a więc tym samym nie dotyczy przestępstw, w o których stanowi art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Odnosząc się do złożonego protestu Zamawiający w piśmie z dnia 13 maja 2008 r. rozstrzygnął go. Doręczenie rozstrzygnięcia nastąpiło w stosunku do Odwołującego w dniu 16 maja 2008 r., dlatego też Odwołujący uznał, że rozstrzygnięcie protestu faktycznie nie nastąpiło.

Zamawiający jednakże odnosząc się do podniesionych zarzutów, protest oddalił jako bezzasadny. W uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia wskazał, że przestępstwo z art. 270 § 1 KK, za które jeden ze współników Piomar został prawomocnie skazany nie mieści się w katalogu przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy. Wskazał on w szczególności, że przestępstwa, o których mowa we wskazanym przepisie ustawy odpowiadają regulacjom KK:

- Rozdział XXXVI – „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”;
- Rozdział XXVIII – „Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonującym pracę zarobkową”;
- Rozdział XXIX – „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego”.

Natomiast przestępstwa, za które pan X został skazany umiejscowione jest w rozdziale XXXIV – „Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów” i nie mieści się ono również w grupie przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Od oddalenia protestu Odwołujący złożył odwołanie zawarte w piśmie z dnia 20 maja 2008 r. (w tej samej dacie pismo nadane w placówce pocztowej operatora publicznego). W odwołaniu podtrzymał on te same zarzuty, argumentację i żądania zawarte w proteście.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 20 maja 2008 r.

Do toczącego postępowania odwoławczego swoje przystąpienie w dniu 29 maja 2008 r. (data pisma 27 maja 2008 r.) złożył wykonawca Piomar, wnosząc o oddalenie odwołania. W swoim przystąpieniu dodatkowo wskazał, że popełnionego przez Pana X czynu, za który został on ukarany wyrokiem Sądu Rejonowego w Brzegu z dnia 3 października 2006 r. w sprawie o sygn. akt: IIK 277/06 karą grzywny na podstawie art. 270 § 1 KK, nie można w żaden sposób traktować jako przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Powyższe ustalenie należy wyłącznie do sądu orzekającego w sprawie, a ten w tym zakresie tego nie orzekł. Sąd uznał Pana X za winnego przerobienia pieczętek i sfalszowania dyspozycji bankowej. Sąd nie wskazał w orzeczeniu w jakim celu skazany to uczynił, czy osiągnął, czy też chciał osiągnąć w związku ze swoim zachowaniem jakąś korzyść majątkową, w jakiej wysokości i czy dla siebie, czy dla kogoś innego. Przystępujący powołał się na treść art. 413 § 2 pkt 1 Kpk, zgodnie z którym wyrok skazujący powinien zawierać dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu; wyrok ten musi być zrozumiały tak w płaszczyźnie przedmiotowej, jak i podmiotowej i bez żadnych wątpliwości wskazywać za jaki czyn sąd skazał sprawcę. Wyrok - - w ocenie Przystępującego – nie może stać się przedmiotem interpretacji na niekorzyść osoby skazanej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść oferty PPHU Piomar Sp. J., treść wyroku Sądu Rejonowego w Brzegu z dnia 3 października 2006 r. (sygn. akt: IIK 277/06), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten, którego oferta została umiejscowiona na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie firmy, której konieczność wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołujący wskazuje, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podnoszonych w proteście i odwołaniu zarzutów (art. 7 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 3 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy) jest informacja z KRK załączonego do treści oferty Piomar, z której wynika, że Pan X - jeden ze wspólników wskazanej spółki jawnej - został ukarany prawomocnym orzeczeniem z tytułu popełnienia przestępstwa, wypełniającego dyspozycję art. 270 § 1 KK. Powyższe w ocenie Odwołującego skutkuje koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy (z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przestępstwa przeciwko prawom osób wykonującym pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo pełnione 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) oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

Z treści wyroku Sądu Rejonowego w Brzegu z dnia 3 października 2006 r. (sygn. akt: IIK 277/06) wynika, że Pan X został uznany winnym popełnienia przestępstwa z art. 270 § 1 KK, tj. że w dniu 13 lutego 2006 r. w Brzegu przy ul. Długiej 2 w siedzibie firmy Pomiar SC poprzez przerobienie pieczętki Banku Zachodniego WBK SA I Oddział w Opolu oraz poprzez przerobienie pieczętki kierownika Obsługi Klientów Instytucjonalnych, jak i podpisu kierownika, dokonał sfałszowania dyspozycji bankowej zabezpieczającej transakcję. Sąd Rejonowy, uznając oskarżonego winnym popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu, stanowiącego występki z art. 270 § 1 KK, za to na podstawie art. 270 § 1 KK przy zastosowaniu art. 58 § 3 KK wymierzył mu karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając na podstawie art. 33 § 3 KK wysokość jednej stawki na kwotę 10 zł.

Wskazane przestępstwo z art. 270 § 1 KK określone jest w rozdziale XXXIV Kodeksu karnego tj.: „Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów”. Uwzględniając zamknięty katalog przestępstw skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy takiego przestępstwa dopuszcza się jeden ze współników spółki jawnej określony w pkt 5 art. 24 ust. 1 ustawy, powyższe przestępstwo można oceniać jedynie w kategorii, czy zostało popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Zamawiający, jak i firma Pomiar wskazuje, że z treści przywołanego wyroku Sądu Rejonowego w Brzegu nie wynika, aby powyższe przestępstwo, za które został ukarany Pan X było popełnione w tym właśnie celu.

Aby dokonać ustalenia, czy wskazane przestępstwo przerobienia pieczętki banku oraz pieczętki kierownika Obsługi Klientów Instytucjonalnych (przestępstwo fałszerstwa) zostało popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, skład orzekający Izby postanowił zdefiniować to pojęcie. Zgodnie z treścią art. 115 § 4 KK korzyścią majątkową jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego. W doktrynie prawa karnego ukształtowała się definicja pojęcia „korzyść majątkowa”: przysporzenie majątku albo uniknięcie strat, obciążeń majątku, a więc zarówno zwiększenie aktywów, jak i zmniejszenie pasywów majątkowych. Korzyścią majątkową są pieniądze, papiery wartościowe, rzeczy mające wartość majątkową, świadczenia i prawa majątkowe, uzyskiwane bezprawnie, tj. w wyniku popełnienia czynu zabronionego. Korzyścią majątkową jest korzyść, którą sprawca osiągnął dla siebie samego lub kogo innego (A. Marek *Kodeks karny. Komentarz, Lex 2007, wyd. IV*). Wedle doktryny pojęcie to należy interpretować szeroko. Korzyść majątkowa ma więc charakter ekonomiczny i służy przede wszystkim zaspokajaniu potrzeb materialnych – może wyrażać się zwiększeniem aktywów, czy przysporzeniem majątku, jak i zmniejszeniem pasywów majątkowych, oznaczającym zmniejszenie obciążeń lub uniknięcie strat.

W niniejszej sprawie, jak wynika z wyroku Sądu Rejonowego w Brzegu, Pan X dopuścił się popełnienia przestępstwa przerobienia pieczętki banku oraz pieczętki kierownika

Obsługi Klientów Instytucjonalnych w celu sfalszowania dyspozycji bankowej zabezpieczającej transakcję. Popelnione przez niego przestępstwo jest przestępstwem kierunkowym – sprawca dokonujący sfalszowania dokumentu działa w celu użycia tego dokumentu jako autentycznego, w danym momencie lub w przyszłości. Dokonanie fałszerstwa dokumentu może odbywać się również w celu użycia tego dokumentu przez osobę trzecią. Nie jest jednak w żadnym z przypadków (sfalszowanie dokumentu na swój użytek, czy na użytek osoby trzeciej) konieczne odniesienie określonej korzyści majątkowej za tego typu „usługę” (A. Marek *Kodeks karny. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. IV). Zgodnie zatem z doktryną prawa karnego przestępstwo popelnione na podstawie art. 270 § 1 KK nie musi być popelnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie stanął na stanowisku, że Odwołujący, na którym – stosownie do dyspozycji art. 6 Kc w związku z art. 14 ustawy – spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi on określone skutki prawne, nie wykazał tak w proteście, w odwołaniu, jak i na rozprawie, że czyn, za który pan X został ukarany, został popelniony z celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Z samej treści przywołanego wyroku Sądu Rejonowego w Brzegu takiej okoliczności nie można wywieść, a skład orzekający Izby nie jest podmiotem uprawnionym do dokonywania wykładni – zwłaszcza rozszerzającej - wyroków sądów powszechnych.

W treści orzeczenia Sądu Rejonowego w Brzegu wskazuje się dodatkowo na art. 33 § 3 KK, w oparciu o który orzeczono karę grzywny wobec oskarżonego. Sąd Rejonowy nie powołał się natomiast na art. 33 § 2 KK, z którego wynika uprawnienie dla sądu wymierzenia jednocześnie kary grzywny obok kary pozbawienia wolności, którą czyn z art. 270 § 1 był również zagrożony, w sytuacji gdy sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Powyższe może świadczyć również o tym, że Sąd Rejonowy nie dopatrył się we wskazanym czynie dodatkowego obciążenia w postaci celu osiągnięcia korzyści majątkowej, bowiem oskarżonego obciążył karą wyłącznie grzywny.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że przestępstwo wykorzystania sfalszowanego dokumentu w celu uzyskania dla siebie lub kogoś innego od banku np. kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego, zagrożone jest inną kwalifikacją czynu – mianowicie art. 297 § 1 KK. W niniejszej sprawie przywołane orzeczenie Sądu Rejonowego w Brzegu nie odnosi się do tej kwestii.

Uwzględniając powyższe, a przede wszystkim brak dowodu ze strony Odwołującego na okoliczność, iż popelnione przez Pana X przestępstwo z art. 270 § 1 KK zostało

popelnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, skład orzekający Izby stwierdził, że nie potwierdziły się podnoszone w proteście odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 2 i 3 ustawy oraz art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*