Sygn. akt KIO 91/20

WYROK

z dnia 31 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Aneta Mlącka

Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2020 r. przez

wykonawcę: Polbud - Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalną

Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego

postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie;

przy udziale wykonawców: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie; Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy

złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: Polbud - Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą

w Łącku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Polbud - Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 91/20

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie - dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (S61) odc. Borki Wielkie - Mrągowo, znak sprawy: O/OL.D-3.2410.3.2019.KP-11.26) (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 26 sierpnia 2019 r. ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 163-399747.

W dniu 17 stycznia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło

odwołanie wniesione przez wykonawcę: Polbud - Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp,

zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania mimo, że wykazał, w tym w zakresie wynikającym z żądań (wezwania) zamawiającego, spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, a także poprzez wykluczenie uzasadnione brakiem dokumentów, do których złożenia odwołujący nie został należycie wezwany;

a z tzw. ostrożności nadto:

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego, uzasadniane niezłożeniem dokumentów, do których złożenia nie został on wcześniej należycie wezwany w trybie tego przepisu, a tym samym przez zaniechanie uprzedniego wezwania do złożenia oczekiwanych dokumentów;

3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego mimo złożenia wyjaśnień, do których złożenia wezwał zamawiający, w wyznaczonym ku temu terminie;

4. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie uprzedniego żądania (w tym jednocześnie z wezwaniem wystosowywanym zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) aby, jeżeli sytuacja ekonomiczna lub finansowa Consoil nie potwierdzała spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy

wykluczenia, wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, samodzielnie wykazując dostateczną, własną sytuację finansową;

5. § 7 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej zwane „Rozporządzeniem ws. dokumentów), w związku z art. 60 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, poprzez odmowę uwzględnienia (zastąpienia) dokumentu wskazanego w wezwaniu zamawiającego wystawionym za granicą dokumentem odpowiednim ze względu na potwierdzaną nim okoliczność, ewentualnie odpowiednim oświadczeniem złożonym przed notariuszem w braku adekwatnego dokumentu wystawianego za granicą.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Nadto wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, na przywołane w nim okoliczności.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosił, że zamawiający, przygotowując treść wezwania do złożenia dokumentów, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działać zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny poprzez wskazanie, o jakie dokumenty konkretnie chodzi. Przywoływał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w których zwracano uwagę, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego formułowania wezwań, poprzez dokładne wskazanie, jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości, w jaki sposób należy wykonać wezwanie (tak np. w wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 29/18; wyroku KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 526/16 oraz z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2628/13 czy w wyroku KIO 2628/13, KIO 529/13; KIO 1659/12, KIO 2256/12, KIO/UZP 1530/08).

Jak zauważył powyższe w pełni koresponduje z orzecznictwem sądowym. W tym zakresie przytoczyć można dla przykładu wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2012 r. (I ACa 357/10), w którym słusznie stwierdzono, że: „wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wnioskodawcy". Jak z kolei trafnie oceniono w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 czerwca 2016 r. (X GC 1031/14): „Za precyzyjne wezwanie nie można jednak uznać przytoczenia opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opisu formy dokumentów, które zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (vide: wyrok KIO z dnia 2 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1208/14). Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w swej treści musi być więc jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda w wezwaniu (vide: Nowicki J.E., Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex 2015)".

Dalej podkreślał, że należyte wykonanie obowiązku precyzyjnego wezwania wykonawcy do złożenia żądanego dokumentu powinno uwzględniać zarówno generalny cel, którym jest przecież poinformowanie wykonawcy (którym z zasady, wyjąwszy może zamawianie usług prawnych, nie jest przecież kancelaria prawna, co przedsiębiorca działający w zupełnie innej branży, w tym wypadku budowlanej) w sposób możliwie jasny i zrozumiały, jaki konkretnie dokument powinien złożyć, jak i obowiązek zamawiającego korzystania przy formułowaniu wezwania z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis. Nie można pomijać wyraźnego brzmienia art. 26 ust. 7 ustawy Pzp, który nakłada taki obowiązek właśnie (i wyłącznie) na zamawiającego, a skoro obowiązek ten ustawodawca wyraził właśnie w art. 26 ustawy Pzp, winien on być realizowany przede wszystkim przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku wezwania, o którym mowa w tym samym artykule, to jest w art.

26 ust. 3 ustawy Pzp. Wymogi dotyczące precyzyjności wezwania zamawiającego bezpośrednio oddziałują na rozumienie, skądinąd niekwestionowanej, zasady jednokrotności wezwań. Jak słusznie zauważono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2008 r. (KIO/UZP 1530/08) „Wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń łub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych

skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy (...) Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określonego w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach". W orzecznictwie Izby (por. choćby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2018 r. KIO 2114/18) podkreśla się konieczność precyzyjnego formułowania wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji podkreśla się, że podjęcie przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania może mieć miejsce wyłącznie w przypadku uprzedniego wystosowania wystarczająco precyzyjnego wezwania

do uzupełnienia dokumentu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym w sposób jednoznaczny wskazano zarówno braki dokumentu jak i zakres jego uzupełnienia. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 25 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1884/17) wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, winno być szczegółowe i jasno określać, jakie dokumenty lub oświadczenia powinny być uzupełnione, jakie są, zdaniem zamawiającego, niekompletne, jakie zawierają błędy lub budzą wskazane wątpliwości. Zgodnie z wyrokiem

Izby z dnia
8 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1583/17) faktem jest, że w utrwalonym orzecznictwie Izby przyjmuje się jednorazowy charakter wezwania do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna. Zignorowanie takiego wezwania przez wykonawcę, nie daje możliwości ponownego wezwania "o to samo". Nie ma natomiast zakazu, aby zamawiający kilkakrotnie zwracał się do tego samego wykonawcy o uzupełnienie braków oferty, które kolejno ujawnił. Z powyższego wynika zatem, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania, nie mając absolutnej pewności co do wykazania lub niewykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Przywołać także warto za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2015 r. że „Wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust 3 ustawy Pzp przemawia za tym, aby hipotezą tej normy prawnej objąć każdą sytuację, w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - niezależnie od źródła i przyczyn niewykazania spełnienia warunków (...) Wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz (chociaż wprost nie wynika to z treści art. 26

ust. 3 ustawy Pzp) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do

uzupełnienia dokumentów - w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp". Podobne wnioski znajdziemy w uchwale Krajowej

Izby Odwoławczej

15 lutego 2019 r. KIO/KU 10/19.

dnia

Dalej odwołujący podkreślał, że brakiem wezwania, które także nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy, i wywołuje po stronie zamawiającego obowiązek uzupełniającego wezwania, jest także niezawarcie w nim wyraźnej informacji o możliwości uzupełnienia braków oferty w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. To, że przepis ten nie kreuje obowiązku dokonywania dodatkowych wezwań, niezależnych od kierowanych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie oznacza, że wezwanie może pomijać normę art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Skoro zatem, jak to przyjęto w orzecznictwie KIO, przepis ten nie kreuje dodatkowej podstawy rozeznawania obowiązku wystosowywania kolejnego żądania, niezależnego od tego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jedyne spójna wykładnia stosowania obu przepisów musi zasadzać się na rozeznaniu konieczności zakomunikowania żądania z art. 22a ust. 6 w wezwaniu kierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Potwierdzenie dla powyższego znajdziemy choćby w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 572/17): „Czynności zamawiającego, w okolicznościach tej sprawy należało uznać za wadliwe i co najmniej przedwczesne. Jedynie w odniesieniu do sformułowanego, prawidłowego wezwania do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów obowiązuje tzw. zasada jednokrotności wezwania. Możliwość uzupełnienia braków oferty w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp powinna być wykonawcy zakomunikowana w formie imperatywnego żądania. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający, pozostając w zgodzie z zasadą jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia tych samych

dokumentów zastosował przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i w ramach poprawnie stosowanego przepisu art. 26 ust 3 ustawy Pzp - wezwał odwołującego do uzupełnienia stosownych dokumentów. Zupełne pominięcie tej normy, świadczy tym samym, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp.” Pogląd taki został wyrażony również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych "Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający - uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów - winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia, por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r. KIO 2073/17. Celowym,

w niniejszej sprawie zdaniem odwołującego, będzie dalej powtórzenie za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 29/18): „Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Wykonawca ma prawo do zmiany formy wsparcia, jeżeli zamawiający uzna, iż potencjał podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku. Powyższe oznacza zatem, że nawet stwierdzenie przez zamawiającego, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego miało wyłącznie na celu formalne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie, nie może kończyć oceny kwalifikacji wykonawcy, który może powołać się na własne zdolności techniczne lub zawodowe lub doświadczenie innego podmiotu (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt 189/17). Przepis ten ma na celu implementację art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, przy czym nie stanowi on odrębnej od określonej w art. 26
ust. 3 ustawy Pzp podstawy do wezwania do uzupełnienia dokumentów, a daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r., sygn. akt 2073/17 oraz z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 583/17). Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek sprawdzenia czy przedstawione przez wykonawcę zasoby podmiotu trzeciego (lub kilku z tych podmiotów), łącznie z zasobami własnymi, są wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wynik oceny jest negatywny, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do usunięcia takiego stanu. Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego, żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Wykonawca może
w takim przypadku, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wedle własnego wyboru: wskazać inny podmiot lub inne podmioty, które udostępniają niezbędny potencjał; wykazać spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu - bez udziału zasobów podmiotów trzecich (tak też: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, 2018).” Na koniec odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2114/18), w którym odnotowano, co następuje: „Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powoływał się w trakcie postępowania na zdolności lub sytuację tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej

lub finansowej lub warunku dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W przypadku uznania przez zamawiającego, że zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa ww. podmiotu nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem, o którym mowa w tym przepisie”.

Stosownie do § 7 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym

ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej

osoby, która to regulacja implementuje postanowienia art. 60 ust. 2 akapit 2 dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych.

Zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO uprawnienie do wykazania braku podstaw wykluczenia oświadczeniem (w tym złożonym przed notariuszem) przysługuje zarówno wtedy, gdy w danym kraju w ogóle nie wystawia się danego rodzaju dokumentu, jak i wówczas, gdy podobny dokument jest wystawiany, niemniej zakres poświadczanych nim okoliczności nie pokrywa się, a w praktyce jest węższy od tych, które potwierdza dokument stosowany w tym zakresie w Polsce. Jak przykładowo słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 10 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1184/19) owo sformułowanie "nie wydaje się dokumentów" nie może być wszakże interpretowane wyłącznie jako brak możliwości otrzymania dokumentu, ale obejmuje także przypadki, gdy dokumenty takie są co do zasady wydawane, ale nie obejmują wszystkich okoliczności, które należy udowodnić w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Podkreślenia wymaga, iż regulacja odnosi się generalnie do podatków (a nie np. wyłącznie podatku dochodowego, a zatem dotyczy także podatków pośrednich, w tym VAT), a ponadto z uwagi na opcjonalny charakter wykluczenia, zmienia rozkład ciężaru wykazania przesłanki wykluczenia. Polskie zaświadczenie

właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzające niezaleganie z opłacaniem podatków, potwierdza brak zaległości zarówno w podatkach bezpośrednich (w tym dochodowym), jak

i podatkach pośrednich, w tym podatku VAT, który jak powszechnie wiadomo jest w ujęciu wartościowym obciążeniem o największym wymiarze. Tymczasem dokument, którego jak wynika z informacji o wykluczeniu z 8 stycznia 2020 r. oczekiwał zamawiający w odniesieniu do Consoil, to jest „zaświadczenie wydawane przez urząd ds. podatków bezpośrednich” zwane w oryginale „Attestation de Non-Obligation", nie potwierdza w ogóle niezalegania z opłacaniem podatków pośrednich, w tym najważniejszego podatku VAT. Certyfikat rezydencji wydawany jest przez administrację podatkową Wielkiego Księstwa Luksemburga z tym samym formalnym zastrzeżeniem, co stosowane przy wydawaniu zaświadczenia o braku obowiązku („Attestation de Non-Obligation”), to jest, że na podatniku nie ciążą wymagalne zobowiązania podatkowe. W praktyce rzeczywiście stosowanej przez tę administrację certyfikat nie jest wydawany w przypadku istnienia zaległości w każdego rodzaju podatkach, stąd merytoryczna wartość zaświadczenia o niezaleganiu pośrednio wynikająca z wydania certyfikaty rezydencji jest nawet większa, od wartości zaświadczenia o braku obowiązku, które, jak wskazano dotyczy ściśle podatków bezpośrednich.

Odwołujący stoi zatem na stanowisku, że po pierwsze zamawiający wykluczył odwołującego przedwcześnie, już z tego względu, że nie zakomunikował mu w wezwaniu (nie zażądał) aby, jeżeli sytuacja ekonomiczna lub finansowa Consoil nie potwierdzała spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, samodzielnie wykazując dostateczną, własną sytuację finansową. Już to tylko uzasadnia uwzględnienie odwołania.

Tym niemniej zważyć także należy, że zamawiający, wykluczając odwołującego powołał się na niezłożenie dokumentów, do których złożenia nigdy skutecznie (wystarczająco precyzyjnie, albo w ogóle) nie wezwał. W pierwszym rzędzie dotyczy to oczywiście stwierdzenia, że „Wykonawca nie przedłożył jednak żadnego dokumentu z banku, potwierdzającego posiadanie wskazanej kwoty”. Tymczasem zamawiający wezwał w tym zakresie jedynie do złożenia wyjaśnień (a nie przedłożenia wyjaśnień, czy innego dokumentu pochodzącego z banku). Wyjaśnienia te zostały złożone i są zawarte w oświadczeniu notarialnym z dnia 23 grudnia 2019 r. Są to wyjaśnienia o treści precyzyjnie odpowiadającej tej, oczekiwanej w wezwaniu zamawiającego z dnia 17 grudnia 2019 r. Nie ma podstaw

by odmawiać wiarygodności tym wyjaśnieniom, ale skoro w piśmie informującym o wykluczeniu zamawiający wskazał, że w rzeczywistości nie chodziło mu o wyjaśnienie]

wykonawcy, lecz pochodzące z banku, wraz z niniejszym odwołaniem odwołujący składa nowe dokumenty i wyjaśnienia uzyskane z Banque de Luxemburg, potwierdzające prawdziwość uprzednich wyjaśnień, potwierdzających posiadanie środków nie niższych niż 3

mln USD

na rachunku prowadzonym dla Consoli, a ponadto potwierdzające, że wcześniej wystawione zaświadczenie bankowe, złożone zamawiającemu już wcześniej przez wykonawcę, potwierdzało właśnie tę okoliczność.

Po wtóre nie sposób uznać wezwania zamawiającego z dnia 17 grudnia 2019 r. za dostatecznie precyzyjne (i w konsekwencji skuteczne) w zakresie braków, które ostatecznie stały się podstawą wykluczenia, zwłaszcza w kontekście skonkretyzowania

dokumentów,

i których w rzeczywistości zamawiający oczekiwał w piśmie informującym o wykluczeniu. Zestawienie obu pism wskazuje, iż zamawiający nie tylko nie dopełnił wymogu dokładności i precyzji wezwania, ale wręcz działał w sposób przeciwny, zwłaszcza, że - jak to wynika z treści pisma z 8 stycznia 2020 r. nie miałby trudności w sformułowaniu właściwego i precyzyjnego wezwania, w zakresie oczekiwanych przez siebie dokumentów. Skoro bowiem wezwanie z 17 grudnia 2019 r. dotyczyło ściśle trzech dokumentów dotyczących wyłącznie podmiotu zagranicznego - Consoil, to jest spółki z siedzibą w Luksemburgu zamawiający powinien skorzystać z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis przy określeniu jakich dokumentów wymaga, przede wszystkim właśnie przy formułowaniu wezwania.

W takich wypadkach, kiedy to wezwanie dotyczy konkretnych dokumentów dotyczących konkretnego podmiotu prawa luksemburskiego, zamawiający nie powinien wzywać do złożenia nieadekwatnych dokumentów (w tym wypadku informacji z Krajowego Rejestru Karnego). Działanie takie nie tylko jest sprzeczne z celem wezwania, którym jest jasne i dokładne przedstawienie zakresu oczekiwanego uzupełnienia, ale w istocie wywołuje efekt przeciwny, wprowadzając wykonawcę w błąd. Zamawiający nie wezwał do złożenia wyciągu z luksemburskiego rejestru karnego (wskazanego w kolejnym piśmie), lecz wyciągu z Krajowego Rejestru Karnego i to w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, który przecież referuje do zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne wydanego na podstawie polskiej ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2019 r. poz. 628 i 1214). Podkreślić należy, że zakaz taki może być wydawany także wobec zagranicznych jednostek organizacyjnych, w tym osób prawnych z siedzibą poza granicami Polski (por. art. 2 ust. 2 in fine tejże ustawy), w tym z siedzibą w Luksemburgu. Co więcej zgodnie z art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, w rejestrze tym oczywiście widnieć mogła i musiałaby informacja o orzeczeniu wobec Consoil kary pieniężnej, w przypadku zakazu lub podania wyroku do publicznej wiadomości, na podstawie ustawy z dnia

28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, gdyby któryś z tych faktów zaistniał wobec Consoil. Z tego względu zupełnie niezrozumiałe jest, że na wyraźne (wytłuszone - wyboldowwane w piśmie) wezwanie do złożenia informacji z KRK dotyczącej konkretnie Consoil - taka informacja została właśnie złożona.

Podobnie zamawiający nie wezwał do złożenia zaświadczenia o braku obowiązku (Attestation de Non-Obligation) wydanego dla Consoil przez urząd ds. podatków bezpośrednich (Administration of Direct Taxes), zgodnego z przesłanym 8 stycznia 2020 r. wzorem. Skoro tak, nie można odmówić wykonawcy prawa złożenia innego dokumentu potwierdzającego brak zaległości podatkowych, jeśli jego wystawienie potwierdza adekwatnie tą samą okoliczność. Zważyć przy tym należy, że zaświadczenie złożone przez wykonawcę wydane zostało przez ten sam organ administracji luksemburskiej, co ten, który jak się okazało był oczekiwany przez zamawiającego. Co jeszcze ważniejsze, zgodnie ze składaną

za niniejszym odwołaniem informacją opublikowaną na oficjalnej stronie internetowej urzędu luksemburskiej administracji podatkowej wydającego oba te zaświadczenia („o braku obowiązku" - oczekiwanego przez zamawiającego i certyfikatu rezydencji - złożonego przez wykonawcę) sformułowana została identyczna przesłanka wydania obu tych zaświadczeń, w obu przypadkach w brzmieniu: „Przed wydaniem certyfikatu, ACD zastrzega sobie, że podatnik składający wniosek musi wcześniej dokonać wszystkich płatności związanych

z długami podatkowymi oraz podatkami i może w razie potrzeby zażądać dodatkowych dokumentów potwierdzających w ramach kontroli informacji, potwierdzeń, wniosków, deklaracji, reklamacji lub odwołania jemu przeznaczonych."

Okoliczność, iż warunkiem wydania certyfikatu rezydencji jest (tak samo jak w przypadku zaświadczenia o braku obowiązku) brak zaległości podatkowych, została potwierdzona w indywidualnej odpowiedzi udzielonej Consoil przez funkcjonariusza tegoż urzędu administracji podatkowej, którą także odwołujący przedłożył. Jednocześnie, w załączeniu do odwołania, złożył w tym zakresie i co do tej okoliczności, stosowną informację (memorandum) luksemburskiej kancelarii prawnej.

Reasumując stwierdził, że zamawiający nie miał podstaw by kwestionować twierdzenie, że złożony certyfikat adekwatnie potwierdza brak zaległości podatkowych Consoil. Skoro jednak w piśmie z 8 stycznia 2020 r. zamawiający powołał się na walor, prawdziwość i faktyczny walor złożonego certyfikatu rezydencji w zakresie, w jakim potwierdza brak zaległości podatkowej, potwierdza także zaświadczenie o braku obowiązku, wskazane przez zamawiającego w piśmie z 8 stycznia 2020 r. Ponieważ jednak, żadne z zaświadczeń, nie wyłączając zaświadczenia o braku obowiązku (Attestation de Non-Obligation), wydawane przez urząd ds. podatków bezpośrednich (Administration of Direct Taxes), nie potwierdza niezalegania z opłacaniem podatków pośrednich, w tym VAT (w praktyce dotyczy tylko podatku dochodowego), rozeznać należy okoliczność nieistnienia (niewydawania)

w Luksemburgu dokumentu adekwatnego do polskiego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków, które obejmuje poświadczenie braku zaległości także w zakresie podatków pośrednich (VAT). To z kolei uprawniało wykonawcę do złożenia oświadczenia notarialnego, na potwierdzenie okoliczności niezalegania z opłacaniem podatków.

Odwołujący załączył do odwołania następujące dokumenty, o przeprowadzenie dowodów z których wnioskował: (i) pismo Bancue de Luxembourg z 16 stycznia 2020 r. (z tłumaczeniem); (ii) oświadczenie elektroniczne (screen korespondencji bankowej) L. B. (Banque de Luxembourg z 15 stycznia 2020 r.) z tłumaczeniem; (iii) wydruk (screen) z oficjalnej strony internetowej Administracji Podatkowej Wielkiego Księstwa Luksemburga z tłumaczeniem przysięgłym punktu 5 (dot. certyfikatu rezydencji) oraz punktu 6 (dot. zaświadczenia o braku obowiązku); (iv) wydruk z odpowiedzi elektronicznej Administracji

Podatkowej (ACD) na indywidualne zapytanie Consoil o warunki wydawania certyfikatu rezydencji z tłumaczeniem przysięgłym; (v) zapytanie Consoil do Administracji Podatkowej (ACD) o warunki wydawania certyfikatu - zwykłe wraz z email w języku francuskim:

(vi) memorandum prawne kancelarii Praxio Law & Tax w Luksemburgu z 17 stycznia 2020 r.; (vii) zaświadczenie o braku obowiązku (Attestation de Non-Obligation) dot. Consoil.

Zamawiający, w dniu 20 stycznia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpili, w dniu 23 stycznia 2020 r., zgłaszając swoje przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie; Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „przystępujący PORR" „przystępujący Budimex" lub „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 27 stycznia 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący PORR, złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty odwołującego, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po zapoznaniu się z odwołaniem, treścią pism procesowych składanych w toku postępowania odwoławczego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postepowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu która, zgodnie z informacją z otwarcia ofert, była ofertą najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta złożona przez odwołującego może zostać potencjalnie wybrana przez zamawiającego. Wykluczenie odwołującego z postępowania pozbawia go możliwości realizacji zamówienia i powoduje powstanie szkody w postaci utraty zysku, jaki odwołujący spodziewał się osiągnąć w związku z realizacją zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty odwołującego, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a odwołującym.

W zakresie dowodów wnioskowanych przez odwołującego Izba postanowiła oddalić, jako spóźnione, dowody w postaci pisma Bancue de Luxembourg z 16 stycznia 2020 r. (z tłumaczeniem) oraz oświadczenia elektronicznego L. B. (Banque de Luxembourg z 15 stycznia 2020 r.), które powołane zostały na okoliczność wykazania, że odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się od czynności lub zaniechań zamawiającego, podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku zadaniem Izby jest zatem ocena czy zamawiający zasadnie podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, na podstawie dokumentów które ten przedłożył w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie. Tylko zatem te dokumenty mogą podlegać ocenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 5.1 Instrukcji dla wykonawców (dalej „IDW") jest: „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (S61), odc. Borki Wielkie - Mrągowo".

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w pkt 7.2.2) lit. b) IDW opisał warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do sytuacji finansowej wykonawcy. Zgodnie ze wskazanym wyżej wymogiem wykonawca miał wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 55 mln PLN. Ponadto, zgodnie z pkt 14.6. IDW, wraz z ofertą, wykonawca zobowiązany był złożyć za pośrednictwem Platformy m.in. 1) JEDZ, 2) zobowiązanie wymagane postanowieniami pkt 10.2. IDW, w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W pkt 10.7. IDW zobowiązano z kolei wykonawcę, który powołuje się

na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, do złożenia jednolitych dokumentów dotyczących tych podmiotów w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby.

Izba ustaliła ponadto, że odwołujący, do złożonej oferty, załączył JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu FALBRUK sp. z o.o., s.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: FAL-

BRUK) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, w zakresie sytuacji ekonomicznej

i finansowej, na potrzeby realizacji zamówienia. Z powyższego zobowiązania wynikało, iż FAL-BRUK zobowiązuje się do oddania wykonawcy zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie zdolności ekonomicznych i finansowych.

Izba ustaliła także, że oferta odwołującego uzyskała, w kryteriach oceny ofert, największą ilość punktów. Z powyższych powodów zamawiający, pismem z 20 listopada 2019 r., wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dotyczących samego wykonawcy oraz podmiotu, na zdolnościach którego polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w zakresie właściwych dokumentów wskazanych

w pkt 9.7.1 IDW, odpowiednio do udostępnianych zasobów) oraz brak podstaw do wykluczenia (dotyczących wykonawcy oraz podmiotu na zdolnościach, którego polega wykonawca

na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp). W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący, w zakresie sytuacji finansowej, złożył m.in. zaświadczenie z banku, z którego wynika, iż Polbud-Pomorze posiada zdolność kredytową na kwotę 45 mln zł. Jednocześnie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji finansowej, odwołujący nie przedłożył żadnych dokumentów FAL-BRUK. Jednocześnie przedłożył dokumenty dla podmiotu CONSOIL GEOTECHNIK z siedzibą w Luksemburgu (dalej „CONSOIL") w postaci: JEDZ; zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, w zakresie sytuacji ekonomicznej finansowej, na potrzeby realizacji zamówienia; zaświadczenia z Banque de Luxembourg, z treści którego wynikało że płynność środków CONSOIL GEOTECHNIK w banku przekracza 3 mln. USD. Ponadto, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z 12 grudnia 2019 r. odwołujący wskazał, że: „Korzystając z okazji, w kontekście złożonych uzupełnień dokumentów/ oświadczeń dotyczących FALBRUK Sp. z o.o. s.k. wyjaśniamy, że w zakresie zdolności finansowej (zapewnienia środków pieniężnych) wystarczające okazało się być poleganie na zasobach własnych i naszej spółki-matki (Consoil Geotechnik), o czym informowaliśmy już wcześniej (przed wystosowaniem przez Państwa wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) uzupełniając JEDZ i składane w zamian zobowiązanie ww. spółki, co jest powszechnie uznawane za dopuszczalne zarówno w doktrynie, jak i praktyce stosowania prawa przez UZP i KIO".

Izba ustaliła również, że w związku z tym, iż przedłożona przez CONSOIL informacja z banku w postaci zaświadczenia wydanego przez Banque de Luxembourg wskazywała, że: „Płynność środków Państwa firmy w naszym Banku na dziś przekracza 3 000 000 USD (trzy miliony dolarów, zero centów)", zamawiający pismem z 17 grudnia 2019 r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się o wyjaśnienie, czy powyższa informacja jest równoznaczna z tym, że bank potwierdza wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność

kredytową

na kwotę przekraczającą 3 000 000 USD. Jednocześnie zamawiający wskazał w treści pisma, że „posiadanie wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej powinno wynikać z informacji lub innego dokumentu banku, który w wystarczający sposób potwierdzi spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku". W odpowiedzi na wezwanie, Polbud-Pomorze przedłożył to samo tłumaczenie zaświadczenia z Banque de Luxembourg, które złożył zamawiającemu uprzednio. Oświadczył ponadto, że informacja zawarta w złożonym już wcześniej zaświadczeniu, jest równoznaczna z potwierdzeniem przez bank posiadania przez Spółkę na rachunku bankowym środków przewyższających kwotę 3 mln. USD.

Izba ustaliła następnie, że wobec powyższego, oraz w związku z tym, że nie złożono kompletu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby finansowe, zamawiający w dniu 17 grudnia 2019 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do ich uzupełnienia.

Następnie zamawiający, w dniu 8 stycznia 2020 r., działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 3) ustawy Pzp, poinformował, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, oferta wykonawcy została uznana za odrzuconą. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający argumentował, że w odpowiedzi

na wezwanie odwołujący nie złożył dokumentów na potwierdzenie, że: (i) wobec CONSOIL, będącego podmiotem zbiorowym, sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia

publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 i 1214) - art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego wykonawca powinien w odniesieniu

do CONSOIL, mającego siedzibę w Luksemburgu, przedstawić dokument „Wyciąg z rejestru karnego (casier judiciaire) nr 3" wystawiony przez Parquet generał - Service du Casier judiciaire. W załączeniu wskazał przykład prawidłowego dokumentu w powyższym zakresie ze strony tools ecertis. Tymczasem dokument złożony przez odwołującego o nazwie „zaświadczenie o braku orzeczeń sądowych consoil original" nie jest dokumentem potwierdzającym brak podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Dokument ten jest wydany przez Rejestr działalności gospodarczej Luksemburga (Registre de Commerce er des Societes) i jest to dokument potwierdzający brak podstawy

do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (zgodnie ze wzorem ze strony https: ec.euro a.eu/tools/ecertis). Dokument złożony przez wykonawcę (plik o nazwie „krk_consoil_geotechnik-sig) nie jest również dokumentem potwierdzającym brak podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp dla podmiotu mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dokument ten jest informacją z Krajowego Rejestru Karnego - wystawioną w Polsce. W zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp wykonawca winien dla CONSOIL złożyć informację z odpowiedniego rejestru albo,

w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę - tj. dokument wskazany przez zamawiającego; (ii) wobec CONSOIL nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. (art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp). Wykonawca powinien przedstawić dokument „Zaświadczenie wydane przez urząd ds. podatków bezpośrednich" wystawiony przez Administration of Direct Taxes. W załączeniu zamawiający przedstawił przykład prawidłowego dokumentu w powyższym zakresie ze strony https: ec.euro a.eu/tools/ecertis. Z kolei dokument złożony przez wykonawcę o nazwie consoil_zaswiadczenle_o_niezaleganiu_z_podatkami-sig

nie potwierdza braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Stwierdza on jedynie, że CONSOIL ma siedzibę w Wielkim Księstwie Luksemburga i podlega obowiązkowemu podatkowi dochodowemu od osób prawnych bez możliwości zwolnienia. Nie stwierdza on, że CONSOIL nie zalega z opłacaniem podatków. W związku z powyższym, wykonawca nie wykazał, że wobec podmiotu CONSOIL, na sytuację którego się powołuje na podstawie art. 22a ustawy Pzp, nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz 21 ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył również, że bezprzedmiotowe okazało się załączone oświadczenie wykonawcy, złożone przed notariuszem w zakresie ww. dokumentów. Zgodnie z §7 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów: Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce

zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Jak wykazał jednak zamawiający, powyższe dokumenty są wydawane w kraju, w którym CONSOIL ma siedzibę, w związku z czym powyższy przepis nie ma zastosowania. Ponadto oświadczenie złożone przed notariuszem (pomijając jego bezprzedmiotowość), powinno być złożone przed właściwym ze względu

na siedzibę CONSOIL organem opisanym powyżej, tj. notariuszem lub organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego w Luksemburgu. Oświadczenie złożone zostało przed notariuszem w Bydgoszczy.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty, z powyższych powodów 17 stycznia 2020 r. złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podnoszonych przez odwołującego w treści odwołania, Izba zważyła co następuje.

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, że nie został on wcześniej należycie wezwany do złożenia dokumentów potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania - skład orzekający uznał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba, zamawiający już wszczynając postępowanie, wskazał w SIWZ jakich dokumentów będzie żądał od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie, że nie podlega on wykluczeniu z tego postępowania. Opisał także, w sposób szczegółowy, przywołując stosowne przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów (pkt 9.10 - 9.13 IDW), jakie dokumenty będą wymagane od wykonawcy w przypadku, gdy ten ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zauważyć należy, że zasady opisane w pkt 9 IDW wprost wynikały z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności treści §7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, również treść wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 17 grudnia 2019 r. zawiera precyzyjną instrukcję, jakich dokumentów żąda od odwołującego zamawiający. Zamawiający wskazał jakich dokumentów nie przedłożył wcześniej odwołujący, powołując się na wcześniejsze instrukcje zawarte w treści SIWZ. Pouczył również odwołującego co do formy, w jakiej ich złożenie jest wymagane tj., że dokumenty należy złożyć zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 9.10 - 9.12 Tom I SIWZ, w formie przewidzianej w pkt 12 IDW (Tom I SIWZ). Treść wezwania, czytana łącznie z przywołanymi przez zamawiającego zapisami SIWZ, w ocenie Izby, nie pozostawiała wątpliwości co do zakresu żądanych przez zamawiającego dokumentów

i sformułowana została zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Izba nie podzieliła zastrzeżeń odwołującego, że wezwanie skierowane do niego było nieprecyzyjne, a wręcz odwrotnie, to odwołujący nie wykazał należytej staranności i nie przedłożył właściwych dokumentów. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc"), a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie
z art. 355 §2 kc należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK

Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności wymaga od wykonawcy, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby posiadał wiedzę w zakresie, jaki niezbędny jest do złożenia właściwych dokumentów w toku postępowania. Wykonawca nie może, tak jak próbował to tłumaczyć odwołujący, powoływać się na brak wiedzy prawniczej i przerzucać odpowiedzialność na zamawiającego który, w jego ocenie, w sposób niedostateczny pouczył go o tym jakie dokumenty w przypadku wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium RP, powinien złożyć.

Stawiając przedmiotowy zarzut odwołujący podnosił także, że zamawiający, formułując wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien wprost wskazać, złożenia jakich dokumentów oczekuje, ustalając je na podstawie internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis. Stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Ani przepisy ustawy Pzp, ani treść Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku. Wprawdzie art. 26 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek korzystania z tego narzędzia, nie oznacza on jednak konieczności ustalenia przez zamawiającego, na etapie formułowania treści wezwania, jakie dokumenty wydawane są w danym państwie, jaki organ je wydaje i wymienianie ich w treści pisma, kierowanego do wykonawcy. Co warte zauważenia mimo, iż z przepisu ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do korzystania z tej bazy danych, to zgodnie z komunikatem Komisji Europejskiej informacje zawarte na platformie e-Certis to narzędzie referencyjne, a nie usługa udzielania porad prawnych. Narzędzie to nie gwarantuje, że informacje będące wynikiem wyszukiwania, zostaną uznane za wiążące przez instytucję zamawiającą. Jest to wyłącznie narzędzie informacyjne, umożliwiające identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w kontekście postępowań o udzielanie zamówienia w poszczególnych państwach członkowskich. Dzieje się tak, gdyż system ten jest aktualizowany i weryfikowany wyłącznie na zasadzie dobrowolności, przez organy krajowe. Konsekwencją takiego podejścia, o którym mówi odwołujący a zatem, że zamawiający posiłkując się informacjami z bazy e-Certis winien żądać dokumentów tam wymienionych, byłoby w przypadku zmiany sposobu uzyskania dokumentu lub oświadczenia i przy braku aktualizacji systemu, żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego uzyskanie nie jest już możliwe.

Zamawiający zatem dopełnił ciążącemu na nim obowiązkowi porównania otrzymanych dokumentów z informacjami zawartymi w repozytorium e-Certis, w zakresie weryfikacji oświadczeń, zaświadczeń lub dokumentów pochodzących od podmiotów zagranicznych. Potwierdzeniem, że wypełnił postanowienia powyższego przepisu ustawy Pzp, jest pismo zamawiającego z dnia 8 stycznia 2020 r., w którym informuje odwołującego, iż wykluczył go z postępowania, wyjaśniając powody tej czynności i powołując się na powyższą weryfikację.

Co więcej, odwołujący powołuje się na informacje zawarte w bazie e-Certis, w kontekście zarzutów formułowanych wobec zamawiającego. Skoro wykonawcy temu znane było powyższe narzędzie mógł, przygotowując odpowiedź na wezwanie zamawiającego, z tej bazy skorzystać. Zresztą celem wprowadzenia przedmiotowego była chęć wsparcia tych podmiotów, które po raz pierwszy składają oferty przetargowe i nie znają jeszcze procedur przetargowych (nawet jeśli składają ofertę instytucji zamawiającej w swoim własnym kraju).

W e-Certis zawarte są informacje o zaświadczeniach i dokumentach przedkładanych w 32 krajach, w celu weryfikacji wykonawców - w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są to dokumenty służące zbadaniu aspektów podmiotowych uczestników postępowania (niepodleganie wykluczeniu, spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Baza ta w sposób przystępny opisuje rodzaje dokumentów, jakie z reguły należy przedłożyć, oraz ich treść. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący tą bazą się posłużył, odpowiadając na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów.

Izba uznała również za niezasadny zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie uprzedniego żądania (w tym jednocześnie z wezwaniem wystosowywanym zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) aby, jeżeli sytuacja ekonomiczna lub finansowa Consoil nie potwierdzała spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub

zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, samodzielnie

wykazując dostateczną, własną sytuację finansową

Zgodnie z regulacją art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, który udostępnia swój potencjał nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy do ich wykluczenia z postępowania zamawiający żąda, aby wykonawca, w terminie określonym przez zamawiającego, zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną. Na powyższy przepis powoływał się odwołujący twierdząc, że zamawiający winien umożliwić mu, kierując do niego stosowne wezwanie, zmianę podmiotu który udostępnił mu swoje zasoby tj. Consoil, na inny podmiot.

Odwołujący pominął w tym przypadku istotną okoliczność, że sam skorzystał z takiej możliwości w zakresie zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania. Wprawdzie odwołujący twierdził, że wraz z ofertą nie składał oświadczenia w tym zakresie, jednakże jak wynika z akt postępowania wraz z ofertą złożył JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu FAL-BRUK do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, w zakresie sytuacji ekonomicznej

i finansowej, na potrzeby realizacji zamówienia. Następnie, odpowiadając na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie sytuacji finansowej, złożył oprócz zaświadczenia z banku, z którego wynikało, iż Polbud-Pomorze posiada zdolność kredytową na kwotę 45 mln zł., również dokumenty dla podmiotu Consoil tj. JEDZ oraz zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, w zakresie sytuacji ekonomicznej finansowej, na potrzeby realizacji zamówienia. Ponadto przedstawił zaświadczenie z Banque de Luxembourg, z treści którego wynikało, że płynność środków Consoil w banku przekracza 3 mln. USD. Jednocześnie, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z 12 grudnia 2019 r. wskazał, że w zakresie zdolności finansowej (zapewnienia środków pieniężnych) będzie polegał na zasobach własnych oraz spółki-matki (Consoil). Tym samym uznać należy, że odwołujący podjął decyzję o zmianie podmiotu trzeciego, czym wyczerpał ustawową możliwość wezwania go przez zamawiającego w trybie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy, powyższe działanie wyczerpało również możliwości wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie. Jak słusznie bowiem zauważył sam odwołujący, wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawy uzupełniania dokumentów.

Odwołujący kwestionował wprawdzie powyższy fakt argumentując, że dokonana przez niego zmiana podmiotu udostępniającego zasoby była nieskuteczna, gdyż uczynił to z własnej inicjatywy, a zatem takie samouzupełnienie dokumentu należało uznać za nieskuteczne. Niniejszy skład orzekający podziela jednakże pogląd wyrażany wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym przepisy ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający - pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy - czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowić będzie naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami

dla samego wykonawcy. Tym samym kwestię samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków, należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego (tak między innymi wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1597/17). W konsekwencji, uznać również należy, że w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie dokonał przedmiotowej zmiany, obowiązkiem zamawiającego było wziąć pod uwagę złożone przez wykonawcę oświadczenie. W tym kontekście niezrozumiały jest także zarzut odwołującego, że nie został przez zamawiającego wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, że samodzielnie spełnia warunki udziału

w postępowaniu. Skoro wykonawca sam oświadczył, że spełniając warunek w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego - Consoil, zamawiający nie mógł oświadczenia tego zlekceważyć.

Za niepotwierdzone należy także uznać podnoszone przez odwołującego zarzuty

naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego mimo złożenia

wyjaśnień, do których złożenia wezwał zamawiający, w wyznaczonym ku temu terminie.

Nie sposób zgodzić się bowiem z odwołującym, że zamawiający, pismem z dnia 17 grudnia 2019 r. wezwał odwołującego jednie do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów opisanych w pkt 9.7.1 lit. b) IDW tj. zaświadczenia z banku, potwierdzającego sytuację finansową Consoil. Izba dostrzegła wprawdzie, że wezwanie zostało skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednakże z jego treści wynika bezspornie, że zamawiający prosi o wyjaśnienie czy informacja na temat „płynności środków" na koncie jest równoznaczna z tym, że bank potwierdza wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę przekraczającą 3 mln USD. Poniżej zamawiający zwrócił uwagę (fragment wyboldowany), że posiadanie wymaganych przez zamawiającego środków finansowych lub zdolności kredytowej powinno wynikać z informacji lub innego dokumentu banku, który w wystarczający sposób potwierdzi spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku. Tym samym zamawiający oczekiwał, aby fakt posiadania na koncie wskazanej wyżej kwoty wynikał z dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci - w tym przypadku przez bank. W ocenie Izby zarzuty odwołującego, że wezwanie w tym zakresie zostało sformułowane

w sposób nieprecyzyjny, czy wręcz wprowadzający odwołującego w błąd - są nieuzasadnione.

Nie potwierdziły się też zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24

ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania mimo, że

wykazał,

w tym w zakresie wynikającym z żądań (wezwania) zamawiającego, spełnianie warunków

udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, a także poprzez wykluczenie

uzasadnione brakiem dokumentów, do których złożenia odwołujący nie został należycie

wezwany.

Odwołujący, o czym była mowa wcześniej, podjął decyzję o zmianie podmiotu trzeciego tj. FAL-BRUK na inny podmiot. W wyjaśnieniach z 12 grudnia 2019 r. oświadczył, że w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wystarczające jest poleganie na własnych zdolnościach oraz spółki-matki (Consoil). Konsekwentnie, zaświadczenia z banku potwierdzające, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w SIWZ, przedłożył dla Consoil. Składając ten dokument z własnej inicjatywy, wykonawca przyjął na siebie ryzyko,

że przedłożone zaświadczenie jest prawidłowe. Następnie zamawiający, który nabrał wątpliwości co do treści złożonego dokumentu, z którego wynikało, że wykonawca posiada „płynność finansową" zwrócił się do odwołującego z zapytaniem czy pojęcie użyte w dokumencie oznacza posiadanie przez Consoil środków w wymienionej w zaświadczeniu wysokości lub też zdolność kredytową. Co również było przedmiotem wcześniejszych wywodów, w wezwaniu, które zostało skierowane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, że potwierdzenie co do spełnienia warunku wynikać musi nie z oświadczenia własnego wykonawcy, ale z dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci tj. bank.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył ten sam dokument oraz własne oświadczenie, że pojęcie płynności należy utożsamiać z pojęciem posiadania środków na rachunku bankowym. Uważał jednocześnie, że już to powinno być dla zamawiającego wystarczające, aby potwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie zostały spełnione. Nie sposób się z tym stanowiskiem zgodzić. Jak wynika bowiem z definicji „płynność finansowa" to pojęcie ekonomiczne i polega na ocenie zdolności podmiotu do wywiązywania się (spłacania) w terminie najbardziej wymagalnych (krótkoterminowych) zobowiązań, związanych z zapłatą kontrahentom za wyroby i usługi, wypłatą wynagrodzeń, itp. Nie można zatem utożsamiać tego terminu z posiadaniem środków na rachunku bankowym lub zdolnością kredytową. Zasadnie zatem zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania z tego powodu, iż nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy, zgodnie z pkt 7.2.2) lit. b) IDW, albowiem nie wykazał on posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 55 mln PLN.

Podkreślić również należy, że bez znaczenia dla oceny zarzutów jest przedłożenie przez odwołującego zaświadczenia z banku, wraz ze złożonym odwołaniem. Jak to już wcześniej wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie - Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny czynności zamawiającego w postępowaniu, nie zaś oceny czy wykonawca

w rzeczywistości - wymagany warunek spełnia czy też nie.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, odwołujący zasadnie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, albowiem nie potwierdził, że wobec Consoil, będącego podmiotem zbiorowym, sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2019 r. poz. 628 i 1214). Jak trafnie zauważył zamawiający, wykonawca powinien w odniesieniu do Consoil, mającego siedzibę w Luksemburgu, przedstawić dokument pn. „Wyciąg z rejestru karnego (casier judiciaire) nr 3" wystawiony przez Parquet general - Service du Casier judiciaire.

Tymczasem odwołujący złożył zaświadczenie z polskiego rejestru karnego, a to przedkładają wyłącznie podmioty (wykonawcy) mające siedzibę w Polsce - i to dla nich jest to dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia. Wynika to z §7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia ws. dokumentów, zgodnie z którym, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp „składa się informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba".

Nie można również uznać, że dokument ten mógł zostać zastąpiony oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Nie znajdzie bowiem w tym przypadku zastosowania §7 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia ws. dokumentów tj. możliwość zastąpienia dokumentu oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Taka procedura dotyczy bowiem przypadków, kiedy w danym kraju nie wydaje się dokumentów w jakimś zakresie. W tym przypadku, z przedmiotową sytuacją nie mamy do czynienia.

Odwołujący nie wykazał także braku istnienia przesłanki wykluczenia Consoil z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Jak zauważył zamawiający wykonawca, dla podmiotu mającego siedzibę w Luksemburgu, powinien przedstawić dokument „Zaświadczenie wydane przez urząd ds. podatków bezpośrednich", wystawiony przez Administration of Direct Taxes. Dokument złożony przez odwołującego nie może zostać uznany za równorzędny, albowiem stwierdza jedynie, że Consoil ma siedzibę w Wielkim Księstwie Luksemburga i podlega obowiązkowemu podatkowi dochodowemu od osób prawnych bez możliwości zwolnienia. Nie stwierdza on, że wykonawca ten nie zalega z opłacaniem podatków.

Nawet z treści Memorandum prawnego Kancelarii Praxio Law & Tax z siedzibą w Luksemburgu, które to odwołujący przedłożył jako dowód wynika, że certyfikat rezydencji, który złożył odwołujący: „Jako taki nie jest wydawany w celu potwierdzenia braku zaległych zobowiązań podatkowych". Chociaż w dalszej części mówi się o pewnej „praktyce" która dotyczy badania istnienia zaległości podatkowych, to jednak w opinii tej nie potwierdzono, że dokument taki jest wydawany jedynie w przypadku, gdy takie zaległości nie występują.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....