

Sygn. akt: KIO 1257/23

WYROK

z dnia 22 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Monika Banaszkiewicz

Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2023 r. przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku,

przy udziale wykonawcy Ericsson sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 24 kwietnia 2023 r.,
- b) odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Ericsson sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako złożonego przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- c) powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej

Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1257/23

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok z siedzibą w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem pn. „Zakup i wdrożenie Systemów Zasilania podstawowego i awaryjnego na potrzeby budowy sieci LTE450”, numer postępowania: POST/DYS/OB/LZA/17845/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02 listopada 2022, Dz.U./S S211, numer ogłoszenia: 2022/S 211-608961.

W dniu 4 maja 2023 r. wykonawca Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- b) uznania, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa (dalej „Ericsson”) spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- c) zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson, pomimo że został on złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonymi czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- a) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca Ericsson spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w

postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- b) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wobec ERICSSON DANMARK A/S, tj. podmiotu udostępniającego zasoby (doświadczenie) na rzecz wykonawcy Ericsson, nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił przekazaną wykonawcom informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- b) dokonał ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- c) uznał, że wykonawca Ericsson nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz że nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- d) odrzucił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę Ericsson jako złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- e) przekazał wykonawcom ponownie informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca Ericsson spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe,

potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wobec ERICSSON DANMARK A/S, tj. podmiotu udostępniającego zasoby (doświadczenie) na rzecz wykonawcy Ericsson, nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stwierdzić należy, co następuje.

1. Zgodnie z informacją o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 24 kwietnia 2023 r. wykonawca Ericsson złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który nie podlega odrzuceniu, i w związku z tym zostanie zaproszony do kolejnego etapu postępowania. Odwołujący wskazuje, że powyższa decyzja Zamawiającego jest błędna i narusza obowiązujące przepisy, o czym przesądzają następujące okoliczności.
2. Zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań – Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu dotyczące m.in.:

„2. zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie:

2.1. w zakresie wdrożenia:

Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonali należycie:

2.1.1. Co najmniej po dwadzieścia wdrożeń dla przynajmniej dwóch różnych podmiotów gospodarczych (łącznie min. czterdzieści wdrożeń) obejmujących dostawę i montaż Systemu Zasilania w wersji outdoor, posiadającego możliwość lokalnego oraz zdalnego zarządzania i nadzoru, na potrzeby łączności mobilnej lub mobilnej i stacjonarnej, przy czym wymagane jest doświadczenie w ramach dostawy i montażu Systemu Zasilania na potrzeby łączności mobilnej dla minimum dwudziestu z czterdziestu wymaganych powyżej wdrożeń, tj. minimalnie dla jednego podmiotu gospodarczego.

2.2. w zakresie wsparcia technicznego - doświadczenie:

Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania

Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, świadczył/świadczyli bądź świadczy/świadczą należycie:

2.2.1. co najmniej jedną Usługę Wsparcia Technicznego dla co najmniej 20 dostarczonych oraz zainstalowanych Systemów Zasilania przez okres co najmniej 24 miesięcy; przy czym Zamawiający uzna ten warunek za spełniony także w przypadku wykazania przez Wykonawcę świadczenia Usługi Wsparcia Technicznego w ramach kilku następujących po sobie umów, dla wskazanego powyżej zakresu, jeżeli suma okresów świadczenia Usługi Wsparcia Technicznego w ramach tych umów wynosiła łącznie co najmniej 24 miesiące.”

Natomiast w Opisie Potrzeb i Wymagań, w pkt 12 (WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA) Zamawiający wskazał, że:

„12.2. W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) – 6) Ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. h) oraz ust. 2 Ustawy PZP oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 7-10) Ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 Ustawy PZP.”

Zamawiający zaznaczył też, że:

„12.9. Ocena spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz ocena braku podstaw wykluczenia z udziału w Postępowaniu zostanie dokonana według formuły „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wymaganych przez Zamawiającego i określonych w pkt 14.6. Opisu potrzeb i wymagań. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki.”

W pkt 13 Opisu Potrzeb i Wymagań (KORZYSTANIE Z POTENCJAŁU PODMIOTÓW UDOSTĘPNIAJĄCYCH ZASOBY) Zamawiający wskazał m.in., że:

„13.5. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 12.8 powyżej, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w pkt 12.2. i 12.7 Opisu potrzeb i wymagań. Zamawiający żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy PZP, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 14.6 14.15, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z Postępowania.”

Wreszcie w pkt 14 Opisu Potrzeb i Wymagań (WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA) Zamawiający uregulował, że:

„14.6. Mając na uwadze charakter przedmiotowego Postępowania, Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 2 Ustawy PZP wzywa Wykonawców do złożenia wraz z Wnioskem za pośrednictwem Systemu Zakupowego następujących podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia:

14.6.1. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w pkt 12.2. Opisu potrzeb i wymagań:

14.6.1.1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, przedmiotowe dokumenty składa osobno każdy Wykonawca.

W przypadku korzystania przez Wykonawcę z podmiotów udostępniających zasoby na warunkach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy PZP, przedmiotowe dokumenty składa każdy z tych podmiotów.

14.6.1.2. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o Zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, przedmiotowe dokumenty składa osobno każdy Wykonawca.

W przypadku korzystania przez Wykonawcę z podmiotów udostępniających zasoby na warunkach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy PZP, przedmiotowe dokumenty składa każdy z tych podmiotów.

(...)

14.6.9. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa:

14.6.9.1. w pkt 14.6.1.1 - 14.6.1.2. Opisu potrzeb i wymagań - składa 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, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 lit. h) i ust. 4 Ustawy PZP;

(...)

14.8. Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 14.6.9, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1) Ustawy PZP, zastępuje się je w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Przepis pkt 14.7. OPW stosuje się.

(...)

14.10. Do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy PZP mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepisy pkt 14.6-14.9. stosuje się."

Jak jasno wynika z powyższych postanowień Opisu Potrzeb i Wymagań w razie polegania przez wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, wykonawca miał obowiązek przedstawienia wraz z wnioskiem podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 14.6 Opisu Potrzeb i Wymagań, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Ponadto zgodnie z Opisem Potrzeb i Wymagań do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepisy pkt 14.6-14.9. Opisu Potrzeb i Wymagań stosuje się, co oznacza, że dla takich podmiotów zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało przedstawić:

a) informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym podmiot udostępniający zasoby ma siedzibę lub miejsce zamieszkania albo

b) jeżeli w kraju, w którym podmiot udostępniający zasoby ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się ww. dokumentów, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp – odpowiednie oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby lub odpowiednie

oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, zastępujące ww. dokumenty w całości lub w części.

3. Wykonawca Ericsson w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia, określonego w pkt 2.1.1. i 2.2.1. Załącznika nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań – Warunki udziału w postępowaniu, powołał się w całości i wyłącznie na zasoby udostępnione mu przez ERICSSON DANMARK AVS z siedzibą w Kopenhadze w Danii. Wykonawca Ericsson nie posiada bowiem własnego doświadczenia spełniającego ww. warunek udziału. W takim wypadku, odpowiednio do postanowień Opisu Potrzeb

i Wymagań przytoczonych powyżej, wykonawca Ericsson powinien złożyć wraz z wnioskiem komplet dokumentów dla ERICSSON DANMARK A/S, potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 12.2. Opisu Potrzeb i Wymagań.

Wykonawca Ericsson nie załączył do swojego wniosku wymaganego kompletu dokumentów dla ERICSSON DANMARK A/S, za wyjątkiem odpisu z właściwego rejestru, będącego odpowiednikiem informacji z Krajowego Rejestru Sądowego. Zamawiający zauważył powyższy brak wymaganych dokumentów i pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. wezwał wykonawcę Ericsson do uzupełnienia:

„1. Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: Ustawa PZP, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia:

1. Dotyczy: ERICSSON DANMARK A/S — podmiot udostępniający zasoby:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o Zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

(...)

Uzasadnienie:

Zgodnie z pkt. 14.6. OPW mając na uwadze charakter przedmiotowego Postępowania, Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 2 Ustawy PZP wzywał Wykonawców do złożenia wraz z Wnioskiem za pośrednictwem Systemu Zakupowego podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. W/w dokumenty nie zostały złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 14.10. OPW do

podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy PZP mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepisy pkt 14.6-14.9. OPW stosuje się.”

4. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ericsson w dniu 6 lutego 2023 r. złożył następujące dokumenty i oświadczenia:

a) w odpowiedź na pkt I. 1. 1) wezwania (dotyczący informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp):

- Załącznik 1a - Ericsson Danmark Serviceattest – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym;
- Załącznik 1c - Ericsson Danmark Serviceattest – RS – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona podpisem elektronicznym R. Skowrońskiego R. S.;
- Załącznik 1b - Ericsson Danmark Serviceattest – tłumaczenie na język polski – Tłumaczenie informacji z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzone podpisem elektronicznym R. Skowrońskiego R. S.;

b) w odpowiedź na pkt I. 1. 2) wezwania (dotyczący informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp):

- Załącznik 2 - Oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne złożone przez notariuszem z dnia 01 lutego 2023r.

5. Jeśli idzie o ww. Ericsson Danmark Serviceattest – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym, Odwołujący wskazuje, że dotyczy ona różnych okoliczności w zakresie ERICSSON DANMARK A/S, natomiast jej fragment odnoszący się do braku karalności członków zarządu, członków rady nadzorczej i prokurentów brzmi następująco:

„Jako właściwe organy zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego 2014/24/UE i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Erhvervsstyrelsen (Duński Urząd ds. Biznesu), Skifteretten (Sąd Upadłościowy), Politi (Duńska Policja Krajowa), ATP (Duński Fundusz Emerytalny Rynku Pracy) oraz Skatteforvaltningen (Duńska Administracja Celną i Podatkową) niniejszym oświadczają i poświadczają, co następuje w odniesieniu do ERICSSON DANMARK A/S zgodnie z wyżej wymienionymi dyrektywami Rady 2014/24/WE: (...)

że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu, rady wykonawczej lub rady nadzorczej spółki nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem ani nie przyjęli grzywny za jeden lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven).

Zgodnie z art. 153 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych złożono uroczyste oświadczenie, że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, rady wykonawczej lub rady nadzorczej spółki nie zostali w ciągu ostatnich 5 lat skazani prawomocnym wyrokiem ani nie przyjęli grzywny za jeden lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych, które nie są wymienione w zaświadczeniu o niekaralności, zob. § 11 dekretu wykonawczego duńskiego Ministerstwa Sprawiedliwości nr. 881 z dnia 4 lipca 2014 r. w sprawie Przetwarzania Danych Osobowych w Centralnym Rejestrze Karnym (Bekendtgørelse om behandling af personoplysninger i Det Centrale Kriminalregister (Kriminalregisteret)).”

Jak wynika z powyższego, ww. dokument nie stwierdza generalnie, że jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarząd lub rada nadzorcza nie są prawomocnie skazani za przestępstwa (tj. nie potwierdza braku jakiegokolwiek prawomocnego skazania za przestępstwo ww. osób), ale odnosi się wyłącznie do czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven). Odwołujący wskazuje zatem, że katalog czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven) jest węższy niż katalog przestępstw określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven) stanowi bowiem, że:

§ 135. Podmiot zamawiający wyklucza kandydata lub oferenta z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli kandydat lub oferent został skazany prawomocnym wyrokiem lub otrzymał nakaz zapłaty grzywny za

1) czyny popełnione w ramach organizacji przestępczej zgodnie z definicją zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2008 r., nr L 300, s. 42)

(2) korupcję w rozumieniu art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji z udziałem urzędników Wspólnot Europejskich lub urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej oraz art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2003, nr L 192, s. 54) oraz korupcja w rozumieniu prawa krajowego państwa członkowskiego lub państwa pochodzenia kandydata lub oferenta lub państwa, w którym kandydat lub oferent ma siedzibę

(3) oszustwo w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich

4) przestępstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną, określone odpowiednio w art. 1, 3 i 4 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2002, nr L 164, s. 3), zmienionej decyzją ramową Rady 2008/919/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. zmieniającą decyzję ramową 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2008, nr L 330, s. 21)

(5) pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu w rozumieniu art. 1 dyrektywy 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz. Urz. UE z 2005 r., Nr L 309, str. 15), lub

6) naruszenie sekcji 262a duńskiego kodeksu karnego lub w przypadku wyroku skazującego z innego państwa dotyczącego pracy dzieci i innych form handlu ludźmi w rozumieniu art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2011, nr L 101, s. 1).

Jak łatwo stwierdzić ww. regulacje duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven) stanowią implementację art. 57 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65). Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą - po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 - lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów: (...)

a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW);

b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej) i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW), jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy;

c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony "interesów finansowych" Wspólnot Europejskich);

d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW), bądź podlegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;

e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE);

f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE).

Natomiast zakres przestępstw, po których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, nie jest tożsamy z wymienionym powyżej, lecz szerszy. Obejmuje bowiem także podstawy wykluczenia, które nie stanowią wdrożenia art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, lecz są wyłącznie krajowymi podstawami wykluczenia, tj. prawomocne skazanie za przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g) i pkt 2 ustawy Pzp), czyli za przestępstwa, o których mowa w art. 270- 277d Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów) i

przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego, b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 463, 583 i 974),

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2021 r. poz. 1745),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 56/22: „Na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego podmiotowy środek dowodowy ma również obejmować dane w zakresie czynów zabronionych określonych w przepisach prawa obcego odpowiadających przestępstwom wymienionym w art. 108 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Ratio legis ww. unormowania jest, aby wykluczeniu z postępowania podlegał każdy wykonawca prawomocnie skazany za popełnienie któregośkolwiek z ww. czynów zabronionych, bez względu na to, czy miało to miejsce w Polsce czy w innym państwie.”

Powyższą interpretację potwierdzają przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia jeżeli wykonawca ma siedzibę lub

miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o

której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, 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, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1. Natomiast w myśl § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Podsumowując, wykonawca Ericsson powinien złożyć dla członków zarządu, członków rady nadzorczej i prokurentów ERICSSON DANMARK A/S informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym ERICSSON DANMARK A/S ma siedzibę, w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, czyli obejmującym odpowiednie czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego, zatem także prawomocne skazanie za przestępstwa będące odpowiednikiem przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g i pkt 2 ustawy Pzp). Nie ma żadnych wątpliwości, że dokument przedstawiony przez wykonawcę Ericsson, tj. Ericsson Danmark Serviceattest – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, ma zbyt wąski zakres, gdyż nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (nie obejmuje wszystkich wskazanych tam przestępstw). Jeśli w Danii nie wydaje się dokumentów w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, to wykonawca Ericsson powinien złożyć odpowiednie oświadczenia członków zarządu, członków rady nadzorczej i prokurentów ERICSSON DANMARK A/S, w formie i na zasadach określonych w Opisie Potrzeb i Wymagań.

6. Jeśli idzie o uzupełniony przez wykonawcę Ericsson Załącznik 2 - Oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne złożone przez notariuszem z dnia 01 lutego 2023r., Odwołujący wskazuje i podkreśla, że zgodnie zarówno z przytoczonymi powyżej postanowieniami Opisu Potrzeb i Wymagań jak i przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oświadczenie takie powinno zostać złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania podmiotu udostępniającego zasoby. Zgodnie z § 5 ust. 3 ww. rozporządzenia do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepis § 4 (dotyczące wykonawcy mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej) stosuje się odpowiednio. Analogiczne postanowienie zawiera pkt 14.10. Opisu Potrzeb i Wymagań.

Odnosząc powyższe do uzupełnionego przez wykonawcę Ericsson oświadczenia z dnia 01 lutego 2023r. przede wszystkim wskazać trzeba, że oświadczenie to nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę ERICSSON DANMARK A/S (podmiotu udostępniającego zasoby), gdyż zostało podpisane przed zastępcą notarialnym Karoliną Wolezyk K. W., zastępcą Krzysztofa Kopezyńskiego K. K. Notariusza w Warszawie, prowadzącego Kancelarię Notarialną w Warszawie z siedzibą przy ulicy Twardej nr 18, w siedzibie tej Kancelarii, czyli przed polskim notariuszem. Jak wskazano powyżej, ERICSSON DANMARK A/S ma siedzibę w Kopenhadze w Danii, zatem oświadczenia dotyczące ww. spółki powinny zostać złożone przed duńskim notariuszem.

Ponadto, uzupełnione przez wykonawcę Ericsson oświadczenie z dnia 01 lutego 2023r. w ogóle nie jest oświadczeniem przed notariuszem, o którym mowa w przytoczonych powyżej postanowieniach Opisu Potrzeb i Wymagań i przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Na gruncie polskiego prawa nie ma żadnych wątpliwości, że złożenie oświadczenia przed polskim notariuszem musi przybrać formę aktu notarialnego. Tymczasem uzupełnione przez wykonawcę Ericsson oświadczenie z dnia 01 lutego 2023r. ma formę z podpisem notarialnie poświadczonym, co jasno wynika z informacji na str. 3 tego oświadczenia, gdzie wskazano, że:

„POŚWIADCZENIE WŁASNORĘCZNOŚCI PODPISU

Repertorium A numer 816/2023

Poświadczam, że przede mną, zastępcą notarialnym Karoliną Wolezyk K. W., zastępcą Krzysztofa Kopezyńskiego K. K. Notariusza w Warszawie, prowadzącego Kancelarię Notarialną w Warszawie z siedzibą przy ulicy Twardej nr 18, w siedzibie tej Kancelarii, podpis pod powyższym dokumentem złożył własnoręcznie:

Rafał Leszek SKOWROŃSKI R. L. S., syn Adama A. i Heleny H., PESEL 76042714294, według oświadczenia zamieszkały pod adresem: 36-020 Tyczyn, ulica Wodzikich nr 18, legitymujący się dowodem osobistym oznaczonym numerem AYT755301, ważnym do dnia 07.08.2024 r., posiadający obywatelstwo polskie.”

To, że forma z podpisem notarialnie poświadczonym nie jest wystarczająca i nie stanowi oświadczenia przed notariuszem, nie budzi przy tym żadnych wątpliwości w utrwalonym orzecznictwie. Przykładowo, Sąd Okręgowy w

Warszawie w wyroku z dnia 26 lutego 2007 r. w sprawie sygn. akt V Ca 47/07, dotyczącej czynności potwierdzonej przez notariusza francuskiego, jednoznacznie stwierdził, że potwierdzenie złożenia podpisu przez osobę sygnującą oświadczenie, w oczywisty sposób nie jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem, co przewiduje § 2 ust 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), (rozporządzenie obowiązujące w dacie orzekania). Sąd wskazał, że zgodnie z prawem polskim, przyjęcie oświadczenia złożonego przed notariuszem powinno być potwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego (art. 104 § 3 i 4 Prawa o notariacie) oraz, że oświadczenie złożone na podstawie obcego prawa powinno być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. Podobnie w kwestii poświadczania autentyczności podpisu orzekła Izba, przykładowo w wyrokach z dnia 2 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1546/09, z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 938, 997, 1035/10 oraz z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1377/11.

Warto zwrócić uwagę, że wykładni zwrotu „oświadczenie złożone przed notariuszem” dokonał również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu postanowienia z 10 listopada 2006 r. (sygn. akt I CSK 228/06), stwierdził, że: „(...) złożenie oświadczenia „przed notariuszem” oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności (...). Oznacza to, że wola (...) musi zostać uzewnętrzniona w obecności notariusza i utrwalona w postaci aktu notarialnego. Nie stanowi takiego uzewnętrznienia sporządzenie przez spadkobiercę pisma zawierającego jego treść jego oświadczenia co do spadku i jedynie położenie na nim podpisu w obecności notariusza, trafnie bowiem wskazano, że notariusz poświadczając jedynie własnoręczność podpisu

położonego w jego obecności przez oznaczoną osobę. Notariusz przy tego rodzaju poświadczeniu nie ma obowiązku zapoznawania się z treścią oświadczenia, jakie zawarte zostało w treści pisma. Nie można zatem uznać, że złożone w ten sposób oświadczenie woli zostaje złożone przed notariuszem (...).”

7. Z ostrożności, na wypadek gdyby wykonawca Ericsson zaczął twierdzić, że dokumentem potwierdzającym brak podstaw wykluczenia ERICSSON DANMARK A/S na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest Ericsson Danmark Serviceattest – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym, Odwołujący wskazuje, że z ww. dokumentu w żaden sposób nie wynika, iż wobec ERICSSON DANMARK A/S nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Ww. dokument w ogóle nie odnosi się do kwestii zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, lecz potwierdza wyłącznie to, że: „spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawiciele zarządu, rady wykonawczej lub rady nadzorczej spółki nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem ani nie przyjęli grzywny za jedno lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven).” Zatem dokument ten potwierdza jedynie brak prawomocnego skazania spółki za czyny lub wykroczenia objęte art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven), a nie to, że wobec ERICSSON DANMARK A/S nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Brak prawomocnego skazania spółki za czyny lub wykroczenia objęte art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven) nie oznacza automatycznie, że wobec ERICSSON DANMARK A/S nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, gdyż taki zakaz mógł być orzeczony na podstawie innych przepisów lub za inne czyny lub wykroczenia. Zresztą wykonawca Ericsson miał pełną świadomość tego, że dokument Ericsson Danmark Serviceattest nie potwierdza, iż wobec ERICSSON DANMARK A/S nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, bowiem przedstawił na tą okoliczność osobne oświadczenie z dnia 01 lutego 2023r.

8. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych może mieć miejsce - w określonym zakresie - tylko jednokrotnie. Ponieważ wykonawca Ericsson nie złożył wraz z wnioskiem kompletu dokumentów dla ERICSSON DANMARK A/S, potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 12.2. Opisu Potrzeb i Wymagań, miał tylko jedną szansę na ich uzupełnienie i powinien je uzupełnić prawidłowo, zarówno co do treści jak i co do formy. Wobec niezłożenia przez wykonawcę Ericsson odpowiednich dokumentów i oświadczeń dla ERICSSON DANMARK A/S w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy

Pzp, w terminie wyznaczonym na uzupełnienie tych dokumentów i oświadczeń, należało uznać, że wystąpiła sytuacja, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, tj. złożenie wniosku przez wykonawcę:

- niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Należało zatem uznać, że wniosek wykonawcy Ericsson podlega odrzuceniu na ww. podstawie prawnej. Odwołujący przypomina, że wykonawca Ericsson w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia, określonego w pkt 2.1.1. i 2.2.1. Załącznika nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań – Warunki udziału w postępowaniu, powołał się w całości i wyłącznie na zasoby udostępnione mu przez ERICSSON DANMARK A/S. Bez doświadczenia udostępnionego przez ERICSSON DANMARK A/S wykonawca Ericsson nie spełnia zatem ww. warunku udziału.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 maja 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

1. Istota sporu sprowadza się do oceny, czy Ericsson wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie w jakim powołał się na udostępnione zasoby podmiotu

trzeciego, tj. Ericsson Danmark A/S (dalej jako: „PUZ”) i przedstawił informacje z Krajowego Rejestru Karnego odnoszące się do PUZ.

2. W dniu 27 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował bowiem do Ericsson wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP, w którym wezwał do:

1. Dotyczy: ERICSSON DANMARK A/S - podmiot udostępniający zasoby:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o Zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

3. W odpowiedzi na wezwanie, Ericsson przedłożył pismo datowane na dzień 6 lutego 2023 r. i przedłożył – w zakresie objętym sporem – załączniki 1 (1a, 1b i 1c) i 2 odnoszące się do PUZ.

4. W związku z siedzibą PUZ mieszczącą się w Danii, zostało to zrealizowane w trybie § 4 ust. 1 pkt 1) oraz § 4 ust. 3 w zw. z § 5 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez:

a. informację z odpowiedniego rejestru (tj. Danmark ServiceAttest);

b. oświadczenie złożone przed notariuszem (tj. oświadczenie z dnia 1 lutego 2023 r. złożone przez p. ~~Rafała Skowrońskiego~~ R. S.).

5. Odwołujący twierdzi, że przedłożona przez Ericsson informacja o PUZ z rejestru Danmark ServiceAttest nie jest zgodna ze wszelkimi podstawami wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, a mianowicie, że nie pokrywa się ze wszystkimi krajowymi podstawami wykluczenia z postępowania określonymi w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g) i pkt 2 PZP, tj. dot.:

a. przestępstw określonych w art. 270-277 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów);

b. przestępstw określonych w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), za wyjątkiem przestępstwa o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego.

6. Jednocześnie, Odwołujący zarzuca, że je oświadczenie złożone przez PUZ przed notariuszem jest błędne, gdyż:

a. powinno zostać złożone przed notariuszem duńskim, nie zaś notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy, tj. Ericsson;

b. jest nieprawidłowe, gdyż powinno zostać złożone w formie aktu notarialnego.

7. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniami odwołania i wnosi o jego oddalenie w całości. Wykazanie braku podstaw do wykluczenia PUZ

8. Intencją prawodawcy – która powinna zostać wzięta pod uwagę przy dokonywaniu interpretacji art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP – było dokonanie implementacji art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/EU (dalej jako „dyrektywa klasyczna”). Potwierdza to zarówno:

a. uzasadnienie do ustawy PZP:

Regulację podstaw wykluczenia dostosowano do regulacji dyrektywy klasycznej. Zasadniczo ograniczono liczbę obligatoryjnych podstaw wykluczenia do przesłanek wskazanych w dyrektywie klasycznej. Zgodnie z proponowanym rozwiązaniem zamawiający będzie musiał wykluczyć wykonawcę skazanego prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Katalog przestępstw został dostosowany do przestępstw wskazanych w tym przepisie dyrektywy.

b. stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych:

Art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–e i g oraz pkt 2 Pzp wdraża art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Przepis dyrektywy zawiera wykaz czynów zabronionych powodujących obowiązkowe wykluczenie.

9. Również w doktrynie powyższy wniosek jest potwierdzany:

Obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie ust. 1 pkt 1 komentowanego przepisu zachodzi w przypadku prawomocnego skazania za przestępstwa będące odpowiednikiem przestępstw określonych w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

10. W konsekwencji powyższego, błędne jest uznanie, że katalog przesłanek wyrażonych w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP jest szerszy, niż wskazany w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej. Już z tej przyczyny zarzuty Odwołującego powinny zostać oddalone.

11. Niezależnie od powyższego, z ostrożności, Zamawiający wskazuje następujące.

12. Kwestionowany przez Odwołującego załącznik nr 1b do wyjaśnień Wykonawcy, tj. certyfikat ServiceAttest w języku polskim zawiera dwa oświadczenia, czyli:

„(...) że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarząd lub rada nadzorcza nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej czynów lub przestępstw lub że nie została zaakceptowana kara grzywny objęta art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven).”

a dopiero w dalszej kolejności:

„Zgodnie z art. 153 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył formalne oświadczenie (...) że nie została zaakceptowana kara grzywny za jedno lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 Prawa publicznego”

13. Z brzmienia certyfikatu ServiceAttest wynika zatem, że:

a. spółka oraz wskazane w certyfikacie osoby nie zostały skazane za jedno lub więcej czynów lub przestępstw (jeden fakt);

b. wobec spółki oraz wskazanych w certyfikacie osób nie została orzeczona grzywna na podstawie art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (drugi fakt).

14. Dopiero bowiem w dalszej części certyfikatu organ je wydający nawiązuje do „formalnego oświadczenia” spółki o braku skazania za czyny lub wykroczenia objęte art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Nie zmienia to jednak faktu, że oświadczenie organu w pierwszej jego części ma szerszy zakres i dotyczy skazania za jakiegokolwiek czynu lub przestępstwa.

15. W świetle powyższego, nie budziło – i nie powinno budzić – wątpliwości Zamawiającego to, że PUZ nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczności wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP.

16. Tym bardziej, że w treści jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia PUZ (str. 14), podpisanym przez p. ~~Rafała Skowrońskiego~~ R. S. – a więc osobę, która złożyła także w dniu 1 lutego 2023 r. oświadczenie w imieniu PUZ, poświadczane przez notariusza – wskazano, że

nie zachodzą w stosunku do PUZ podstawy wykluczenia z postępowania o charakterze krajowym:

Czy mają zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym określone w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia?

Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym

Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego.

Czy mają zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym określone w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia?

Proszę podać odpowiedź

OTak

• Nie

17. Niezależnie od powyższego, z bardzo daleko posuniętej ostrożności, warto zwrócić uwagę na brzmienie art. 127 ust. 1 pkt 2) PZP, zgodnie z którym:

1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o

którym mowa w art. 125 ust. 1.

2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

18. W doktrynie wskazuje się, że ten przepis ma zastosowanie także do złożonego oświadczenia w przedmiocie podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

„Druga sytuacja to potwierdzenie spełnienia warunku lub braku podstawy do wykluczenia przez złożenie oświadczenia, o ile oświadczenie odpowiedniej treści jest już zawarte w JEDZ (dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne) lub oświadczeniu (dla postępowań o wartości mniejszej) złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą. Kilka z przesłanek wykluczenia obligatoryjnych i fakultatywnych

ma taki charakter, że nie można potwierdzić braku ich zajścia w inny sposób niż przez oświadczenie własne wykonawcy. Podobnie w wypadku warunków udziału w postępowaniu – ich spełnienie często dokumentowane jest oświadczeniem własnym wykonawcy. Jeżeli więc oświadczenie o odpowiedniej treści wykazującej wymagane okoliczności jest już zawarte w oświadczeniu złożonym wraz z wnioskiem lub wraz z ofertą, żądanie ich przedłożenia ponownie byłoby nadmierne. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., w odpowiedniej części traci charakter oświadczenia tymczasowego, stając się podmiotowym środkiem dowodowym. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 3–6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b oraz c, pkt 3 i pkt 5–10 p.z.p. wykonawca przedkłada oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. (jednolitym dokumencie lub oświadczeniu w postępowaniu o wartości niższej niż próg unijny).”

19. Również Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 127 PZP stwierdza:

Informacje zawarte w JEDZ. Poza tym w myśl art. 127 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie wymaga podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczeń własnych wykonawcy, jeżeli ich treść pokrywa się z informacjami przekazanymi przez wykonawcę w JEDZ.

20. Powyższe daje podstawy ku twierdzeniu, że skierowane przez Zamawiającego w dniu 27 stycznia 2023 r. wezwanie do Wykonawcy w zakresie punktu 1) i 2) tego wezwania (a więc odnoszące się do informacji z Krajowego Rejestru Karnego, które stanowią przedmiot sporu) mogło być nadmierne. Gdyby przyjąć taką konstatację za właściwą, również z tej przyczyny niewłaściwym byłoby wykluczenie z postępowania Ericsson.

21. Jednocześnie, abstrahując od powyższego, treść przepisów prawa obcego – w przeciwieństwie do przepisów prawa polskiego – może być przedmiotem dowodu. Ciężar tego dowodu spoczywa na Odwołującym.

22. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu w wykazaniu, że podstawy wykluczenia z postępowania w stosunku do PUZ wykazane w Danmark Serviceattest nie pokrywają się z podstawami do wykluczenia wskazanymi w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP, jak również nie wykazał, aby osoby piastujące stanowiska w organach PUZ

faktycznie były prawomocnie skazane za przestępstwa określone w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP lub by w stosunku do PUZ orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.

23. Na marginesie Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10) PZP, odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Właściwość notariusza i forma oświadczenia złożonego przed notariuszem

24. Stosownie do § 4 ust. 3 Rozporządzenia, oświadczenie składa się przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

25. Siedzibą Ericsson jest Warszawa, a oświadczenie z dnia 1 lutego 2023 r. zostało złożone przed notariuszem prowadzącym kancelarię notarialną w Warszawie. Nie powinno ulegać więc wątpliwości, że Ericsson złożył oświadczenie przed odpowiednim notariuszem.

26. Z brzmienia § 5 ust. 3 Rozporządzenia – który mówi o tym, że przepis § 4 „stosuje się odpowiednio” – nie należy wywodzić, że oświadczenie powinno zostać złożone wyłącznie przed notariuszem właściwym ze względu na miejsce siedziby PUZ.

27. Twierdzeniu Odwołującego zaprzecza wykładnia językowa Rozporządzenia. Ona wprost wskazuje jedynie to, że właściwy jest notariusz według siedziby wykonawcy. Już ten fakt jest wystarczający dla wykazania bezzasadności zarzutów Odwołującego.

28. Z drugiej strony, twierdzeniu Odwołującego błędne jest także dokonując wykładni logicznej przepisu Rozporządzenia:

a. jeżeli § 4 ust. 3 Rozporządzenia wskazuje wprost siedzibę wykonawcy, a § 5 ust. 3 Rozporządzenia tego nie czyni, to nie sposób uznać, że intencją prawodawcy było to, aby oświadczenie składane przez PUZ musiało zostać złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę PUZ;

b. jeśli PUZ wolno byłoby więcej, a więc składać oświadczenie przed zagranicznym notariuszem, to tym bardziej wolno mu jest mniej, a więc składać oświadczenia przed polskim notariuszem.

29. Również wykładnia celowościowa nie pozwala potwierdzić twierdzenia Odwołującego. Z perspektywy zamawiających bowiem – mając na uwadze m.in. to, że zamawiający nie są zobowiązani do znajomości przepisów prawa obcego – łatwiej jest dokonać weryfikacji oświadczenia, w tym tożsamości podmiotu przed którym zostało złożone oświadczenie, jeżeli jest to notariusz polski.

30. W dalszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący pomija fakt, że oświadczenie zostało złożone przez pełnomocnika PUZ, ~~Rafała Skowrońskiego~~ R. S. tj. osoby przebywającej na terytorium Polski. Pełnomocnictwo z dnia 22 listopada 2022 r., złożone wraz z ofertą, upoważniało pełnomocnika do 1) „podpisywania w imieniu Ericsson DANMARK wszelkich dokumentów” oraz 2) „składania wszelkich innych oświadczeń”. A zatem pełnomocnik złożył oświadczenie w zakresie udzielonego mu przez PUZ pełnomocnictwa, działając przed polskim notariuszem. Niedorzeczne byłoby twierdzenie, że pełnomocnik, mający miejsce zamieszkania na terytorium Polski, musiałby się udać do Danii, aby złożyć stosowne oświadczenie przed notariuszem Duńskim, gdyż przeczyłoby to celowi i istocie pełnomocnictwa.

31. Ponadto, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz środkiem zmierzającym do osiągnięcia celu w postaci udzielenia zamówienia podmiotowi, który daje rękojmię należytego zrealizowania zamówienia i złożył ofertę najkorzystniejszą. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego zmierza zaś do nadania większego znaczenia formalizmowi postępowania o udzielenie zamówienia (z zastrzeżeniem, że jak to zostało wskazane powyżej – nie sposób zarzucić błędu formalnego Ericsson w tym zakresie).

32. Błędne są także twierdzenia Odwołującego w przedmiocie tego, że oświadczenie powinno zostać złożone w formie aktu notarialnego. Ponownie należy się odwołać do wykładni językowej, która nie stawia wymogu zachowania formy aktu notarialnego przy składaniu oświadczenia z § 4 ust. 3 lub § 5 ust. 3 Rozporządzenia. Taka interpretacja nie zasługuje na aprobatę także przy wykorzystaniu innych reguł wykładni przepisów.

33. Katalog czynności notarialnych, które dokonuje notariusz, został określony w art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (dalej jako „PrNot”) Katalog ten obejmuje czternaście pozycji, spośród których jedną stanowią akty notarialne, a jedną poświadczenia. Przy czym w odniesieniu do poświadczeń, art. 96 PrNot wyróżnia cztery ich rodzaje.

34. W stosunku do każdej czynności notarialnej zastosowanie mają przepisy art. 80 i 81 PrNot, w tym obowiązek, aby:

- a. akty i notarialne były sporządzane w sposób zrozumiały i przejrzysty;
- b. przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz czuwał nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne;
- c. notariusz odmówił dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem.

35. Nie istnieją uzasadnione powody dla których akurat czynność notarialna dokonana wyłącznie w postaci aktu notarialnego powinna być „tą właściwą” w rozumieniu Rozporządzenia. Zwłaszcza mając na uwadze status notariusza i jego rzetelność, mającą podbudowę ustawową, którą cechuje się przy dokonywaniu czynności notarialnych. Uznanie, że oświadczenie musi zostać złożone wyłącznie w formie aktu notarialnego stanowiłoby nieuzasadnione ograniczenie dostępu do rynku zamówień publicznych.

36. Powyższe potwierdza także stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, w którym Urząd wprost wskazał, że dopuszczalne notarialne poświadczenie podpisu:

Przez oświadczenie złożone przed notariuszem należy rozumieć oświadczenie złożone w obecności notariusza. Oświadczenie musi być złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Przepis § 4 ust. 3

rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych określa jedynie tryb złożenia oświadczenia („przed notariuszem), który nie jest tożsamy z formą oświadczenia. Brak określenia formy oświadczenia składanego przed notariuszem wiąże się z przewidzianą przez prawodawcę odmiennością systemów prawnych różnych państw. (...) Wreszcie wykonawca może sporządzić pismo z odpowiednim oświadczeniem i podpisać je w obecności notariusza, który poświadcza notarialnie podpis. (...)

37. Nie ulega wątpliwości, że podpis został złożony przez p. ~~Rafała Skowrońskiego~~ R. S. przed notariuszem, co wprost wynika z treści poświadczenia własnoręczności podpisu:

Poświadczam, że przede mną, zastępcą notarialnym (...) podpis pod powyższym dokumentem złożył własnoręcznie (...)

38. Powyższa argumentacja znajduje potwierdzenie w stanowiskach Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonych jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy i przepisów wykonawczych, niemniej jednak zachowuje swoją aktualność z uwagi na zbieżne brzmienie § 4 ust. 3 Rozporządzenia („złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem”) z § 7 ust. 3 poprzednio obowiązującego rozporządzenia7 („złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym”):

a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. KIO/UZP 36/10:

Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie zawarte w odwołaniu, jakoby działania notariusza były ograniczone jedynie do potwierdzenia autentyczności składanego podpisu. Izba uznała przy tym, że z przepisu rozporządzenia nie wynika wymóg składania oświadczenia wyłącznie w formie aktu notarialnego w rozumieniu prawa polskiego.

b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 297/08:

Z rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika konieczność składania przez wykonawcę zagranicznego oświadczenia w formie aktu notarialnego.

Zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby

39. Stosownie do art. 122 PZP:

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

40. W świetle powyższego przepisu, uznać należy, że nawet jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że Ericsson nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania przez PUZ (z czym Zamawiający się nie zgadza), to ten fakt nie czyni zasadnym zarzutów postawionych przez Odwołującego w odwołaniu. Nie jest bowiem zasadne dokonanie odrzucenia wniosku Ericsson o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bez umożliwienia Ericsson dokonanie zastąpienia PUZ. Już z tej przyczyny zarzut Odwołującego postawiony w punkcie 4. a) odwołania jest bezzasadny.

41. Zarazem jednak, Zamawiający podtrzymuje, że w oparciu o złożone w postępowaniu dokumenty, prawidłowo uznał, że Ericsson wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zaś PUZ nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02 listopada 2022, Dz.U./S S211, numer ogłoszenia: 2022/S 211-608961.

W dniu 4 maja 2023 r. wykonawca Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- b) uznania, że wykonawca Ericsson Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa (dalej „Ericsson”) spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- c) zaniechania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson, pomimo że został on złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- a) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca Ericsson spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wobec ERICSSON DANMARK A/S, tj. podmiotu udostępniającego zasoby (doświadczenie) na rzecz wykonawcy Ericsson, nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 02-685 Warszawa, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 maja 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Ericsson sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. (pismo z dnia 15 maja 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 119 ustawy PZP, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli:

- 2) został złożony przez wykonawcę:
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 158 ust. 2 ustawy PZP, Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy

Zgodnie z art. 381 ust. 1 ustawy PZP, Do sektorowych negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 155 ust. 1, art. 156 ust. 1 pkt 1-5 i 7-16, 18 i 19 oraz ust. 2 i 3, art. 157 ust. 1, art. 158 ust. 2, art. 167 i art. 168 stosuje się odpowiednio.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że

sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem

art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Ericsson oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca Ericsson spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wobec ERICSSON DANMARK A/S, tj. podmiotu udostępniającego zasoby (doświadczenie) na rzecz wykonawcy Ericsson, nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są zdaniem Izby zasadne.

Izba zważy, że istota sporu dotyczyła tego, czy wykonawca Ericsson sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, w jakim powołał się na udostępnione zasoby podmiotu trzeciego, tj. Ericsson Danmark A/S w zakresie krajowych podstaw wykluczenia, tj. art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g, art. 108 ust. 1 pkt 2 oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że wykonawca Ericsson sp. z o.o. w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenia, określonego w pkt 2.1.1. i 2.2.1. Załącznika nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań – Warunki udziału w postępowaniu, powołał się na zasoby udostępnione mu przez Ericsson Danmark A/S z siedzibą w Kopenhadze w Danii, natomiast stosownie do postanowień, o których mowa w pkt 12.2. Opisu Potrzeb i Wymagań: „W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) – 6) Ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. h) oraz ust. 2 Ustawy PZP oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 7-10) Ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 Ustawy PZP”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP m.in. w zakresie:

„1. Dotyczy: ERICSSON DANMARK A/S — podmiot udostępniający zasoby:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;
- 2) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o Zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący w dniu 6 lutego 2023 r. złożył następujące dokumenty i oświadczenia:

a) w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp:

- Załącznik 1a - Ericsson Danmark Serviceattest – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym;
- Załącznik 1b - Ericsson Danmark Serviceattest – tłumaczenie na język polski – Tłumaczenie informacji z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzone podpisem elektronicznym R. Skowrońskiego R. S.;
- Załącznik 1c - Ericsson Danmark Serviceattest – RS – Informacja z duńskiego z rejestru handlowego prowadzonego przez duński urząd ds. biznesu, opatrzona podpisem elektronicznym R. Skowrońskiego R. S.;

b) w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

- Załącznik 2 - Oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne złożone przed notariuszem z dnia 1 lutego 2023 r.

Izba zważy, że w załączniku nr 1b (certyfikat ServiceAttest z dnia 6 lutego 2023 r. wydany przez Duński Urząd ds. Biznesu) stwierdza się, iż:

„(...)że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarząd lub rada nadzorcza nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej czynów lub przestępstw lub że nie została zaakceptowana kara grzywny objęta art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven).

Zgodnie z art. 153 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył formalne oświadczenie, które zostało dostarczone, że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarządu lub rady nadzorczej zarząd nie byli w ciągu ostatnich 5 lat skazani prawomocnym wyrokiem lub że nie została zaakceptowana kara grzywny za jedno lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 Prawa publicznego ustawy o zamówieniach publicznych, które nie są wymienione w zaświadczeniu o niekaralności, zob § 11 dekretu wykonawczego duńskiego Ministerstwa Sprawiedliwości nr. 881 z dnia 4 lipca 2014 r. w sprawie Przetwarzania Danych Osobowych w Centralnym

Rejestrze Karnym (Bekendtgørelse om behandling af personoplysninger i Det Centrale Kriminalregister (Kriminalregisteret)).

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, że z dowodu w postaci zaświadczenia urzędowego wydanego dla Ericsson Danmark A/S przez Główny Urząd ds. Przedsiębiorstw z dnia 6 lutego 2023 r. przedstawiony przez Odwołującego wynika: „(...)że spółka ani/lub jeden lub więcej członków jej kierownictwa ani/lub przedstawicieli zarządu, rady wykonawczej lub rady nadzorczej nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem, ani nie przyjęli grzywny, za jeden lub więcej czynów lub wykroczeń, o których mowa w art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Udbudsloven).

Konfrontując powyższe dokumenty, różniące się nieznacznie tłumaczeniem, Izba doszła do przekonania, że nie mamy do czynienia z dwoma faktami, tak jak twierdzi Zamawiający, tj. jednym dotyczącym, „że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarząd lub rada nadzorcza nie byli skazani prawomocnym wyrokiem za jedno lub więcej czynów lub przestępstw” oraz drugim, że w stosunku do „spółki i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu spółki, zarząd lub rada nadzorcza nie została zaakceptowana kara grzywny objęta art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych”.

Zwłaszcza nie sposób się zgodzić z Zamawiającym, że oświadczenie organu w pierwszej jego części ma szerszy zakres i dotyczy skazania za jakiekolwiek czyny lub przestępstwa.

W ocenie Izby, niezależnie czy będziemy mówić o certyfikacie ServiceAttest złożonym przez Przystępującego, czy też o zaświadczeniu urzędowym złożonym przez Odwołującego odnoszą się one wyłącznie do czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Nie zaprzecza powyższemu również opinia prawna przedstawiona przez Przystępującego z dnia 15 maja 2023 r.: „W odniesieniu do art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych stwierdza się, że duńska policja narodowa zgodnie z dyrektywami Rady 2014/24/WE oświadcza, poświadcza i zaświadcza, że spółka

i/lub jeden lub większa liczba członków zarządu i/lub przedstawicieli rady dyrektorów, rady wykonawczej spółki nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem za jedno lub większą liczbę czynów lub przestępstw, o których mowa w duńskiej ustawie o zamówieniach publicznych i podmioty te nie przyjęły grzywny z tego tytułu”.

Należy zgodzić się w tym miejscu z Przystępującym, który w piśmie procesowym z dnia 15 maja 2023 r. stwierdził, że duńska policja (POLITI) w celu wydania pozytywnego oświadczenia bada szerszy zakres przestępstw i wykroczeń istniejących w duńskim porządku prawnym. Jednakże, co istotne, Przystępujący nie złożył odpowiedniego zaświadczenia w stosunku do członków zarządu, członków rady nadzorczej czy prokurentów podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Ericsson Danmark A/S w formie i na zasadach określonych w Opisie Potrzeb i Wymagań (zawierający zakres zamówienia oraz wymagania formalne i proceduralne dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia). Natomiast na podstawie dowodu wniesionego przez Odwołującego w postaci zaświadczenia o niekaralności z dnia 10 maja 2023 r. wynika, że mogą być wydawane zaświadczenia o niekaralności przez Krajowego Komisarza Policji w stosunku do osób fizycznych w Danii: „Peter P. Fink E., Numer osoby w Danii: 080363-1905 nie jest zarejestrowany jako osoba skazana w duńskim rejestrze karnym zgodnie z § 11 okólnika ministerialnego dotyczącego wykorzystania danych osobowych zapisanych w duńskim rejestrze karnym”, a czego Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu nie przedstawił.

Nadto Izba zważa, że z dowodów wniesionych przez Odwołującego w postaci memorandum w przedmiocie przesłanek wykluczenia zawartych w duńskim prawie zamówień publicznych z dnia 15 maja 2023 r., duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych oraz tabelki obejmującej porównanie zakresu przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a - g ustawy PZP z zakresem przestępstw wskazanych w § 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych jednoznacznie wynika, że przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 286, art. 297- 298, art. 300 – 306a Kodeksu karnego dotyczą wyłącznie oszustwa (nadużycia finansowego) w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, tj. dotyczą wyłącznie oszustw (nadużyć finansowych) na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich w celu bezprawnego zmniejszenia środków budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez Wspólnoty Europejskie lub w ich imieniu. Natomiast w zakresie przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270 – 277a Kodeksu karnego, a także przestępstw skarbowych brak jest w ogóle odniesienia się do ww. przestępstw w art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych.

W związku z powyższym, Izba zgadza się z Odwołującym, że katalog czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych jest węższy niż katalog przestępstw określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP, zaś stwierdzenie Zamawiającego na rozprawie, że „nie musi znać przepisów prawa duńskiego”, jest co najmniej w ocenie Izby stwierdzeniem kuriozalnym, zwłaszcza, że jako gospodarz postępowania jest zobowiązany do zachowania podstawowych zasad o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Konkludując, zdaniem Izby, zakres przestępstw, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP obejmuje także podstawy wykluczenia, które nie stanowią implementacji art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, lecz są wyłącznie krajowymi podstawami wykluczenia, tj. dotyczą przestępstw w postaci prawomocnego skazania za przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g i pkt 2 ustawy Pzp), czyli za przestępstwa, o których mowa w art. 270- 277d Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów) i przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego, na co słusznie

zwrócił uwagę Odwołujący. Tym samym, w ocenie Izby, katalog przestępstw zawarty w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 56/22: „Na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego podmiotowy środek dowodowy ma również obejmować dane w zakresie czynów zabronionych określonych w przepisach prawa obcego odpowiadających przestępstwom wymienionym w art. 108 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Ratio legis ww. unormowania jest, aby wykluczeniu z postępowania podlegał każdy wykonawca prawomocnie skazany za popełnienie któregośkolwiek z ww. czynów zabronionych, bez względu na to, czy miało to miejsce w Polsce czy w innym państwie”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Powyższe stanowisko potwierdzają także przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), zgodnie z którym w § 2 ust. 1 pkt 1 w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać podmiotowych

środków dowodowych w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, czy też art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczący orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego.

Izba zważa, iż zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, 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, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, zaś w myśl § 4 ust. 3 rozporządzenia, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Z kolei w myśl § 5 ust. 3 rozporządzenia, do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepis § 4 stosuje się odpowiednio. Co istotne analogiczne postanowienie zawiera pkt 14.10 Opisu Potrzeb i Wymagań: „Do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Ustawy PZP mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepisy pkt 14.6-14.9 stosuje się”.

Tym samym, należy zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący powinien był złożyć dla członków zarządu, członków rady nadzorczej i prokurentów ERICSSON DANMARK A/S (podmiotu udostępniającego zasoby) informację z odpowiedniego rejestru albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym ERICSSON DANMARK A/S ma siedzibę w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g i pkt 2 ustawy PZP.

Na marginesie Izba zważa, że zgodnie z instrukcją wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) wynika, że w części III wskazuje się podstawy wykluczenia w sekcji A: podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwa z art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP na podstawie przepisów krajowych stanowiących implementację art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, natomiast pozostałe podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP, które nie stanowią wdrożenia art. 57 ust. 1 dyrektywy, należy wskazać w sekcji C i D, gdzie sekcja D dotyczy wyłącznie krajowych podstaw wykluczenia obejmująca m.in. przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów wymienione w art. 270-277d Kodeksu karnego, przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu wymienione w przepisach art. 296 – 307 Kodeksu karnego, z wyjątkiem art. 299 Kodeksu karnego, czy też wykluczenia wykonawcy wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP).

Odnosnie natomiast zarzutu co do „oświadczenia złożonego przed notariuszem” o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne z dnia 1 lutego 2023 r. tj. w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP (załącznik 2 złożony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego), w ocenie Izby, ww. oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę ERICSSON DANMARK A/S (tj. podmiotu udostępniającego zasoby), który to ma siedzibę w Kopenhadze w Danii, lecz zostało podpisane przed polskim notariuszem, tj. zastępcą notarialnym Karoliną Wołczyńską K. W., zastępcą Krzysztofa Kopezyńskiego K. K. Notariusza w Warszawie, prowadzącego Kancelarię Notarialną w Warszawie z siedzibą przy ulicy Twardej nr 18, w siedzibie tej Kancelarii.

Tymczasem zgodnie z powołanym powyżej przez Izbę § 5 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jak i postanowieniami pkt 14.10 Opisu Potrzeb i Wymagań, do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w ustawie oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej, przepis stosuje się odpowiednio. Odpowiednie zastosowanie ww. przepisu oznacza, zdaniem Izby, że oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne powinno zostać złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym stwierdzenie Zamawiającego

na rozprawie, że „większą pewność dają dokumenty składane przed polskim notariuszem” nie mają żadnego oparcia w ustawie PZP ani ww. rozporządzeniu.

Nadto co do formy złożonego oświadczenia, Izba zważyła, że przybrało ono formę z podpisem notarialnie poświadczonym, a nie formę aktu notarialnego, co zdaniem Izby jest formą niewystarczającą, aby uznać, że oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne zostało złożone przed notariuszem, zgodnie z wymogami rozporządzenia.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 104 § 3 i 4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, oświadczenie złożone przed notariuszem powinno być potwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Wykładnię taką potwierdza również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu postanowienia z 10 listopada 2006 r. (sygn. akt I CSK 228/06), stwierdził, że: „(...) złożenie oświadczenia „przed notariuszem” oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności (...). Oznacza to, że wola (...) musi zostać uzewnętrzniona w obecności notariusza i utrwalona w postaci aktu notarialnego. Nie stanowi takiego uzewnętrznienia sporządzenie przez spadkobiercę pisma zawierającego jego treść jego oświadczenia co do spadku i jedynie położenie na nim podpisu w obecności notariusza, trafnie bowiem wskazano, że notariusz poświadcza jedynie własnoręczność podpisu położonego w jego obecności przez oznaczoną osobę. Notariusz przy tego rodzaju poświadczeniu nie ma obowiązku zapoznawania się z treścią oświadczenia, jakie zawarte zostało w treści pisma. Nie można zatem uznać, że złożone w ten sposób oświadczenie woli zostaje złożone przed notariuszem (...).”

Izba dodatkowo zważyła, że podpisane przed notariuszem oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne przez Rafała Skowrońskiego R. S. działającego w imieniu i na rzecz ERICSSON DANMARK A/S nie było kwestionowane przez Odwołującego, o czym świadczy wypowiedź Odwołującego na rozprawie: „Odwołujący nie kwestionuje możliwości złożenia oświadczenia przez pełnomocnika”.

Nadto Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodność działania Zamawiającego z ustawą. W związku powyższym, że względu na to, iż okoliczności faktyczne dotyczące wydawanych w Danii zaświadczeń o niekaralności co do podmiotu zbiorowego (osób prawnych) nie były objęte zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania, Izba pominęła dywagacje Odwołującego

wskazywane na rozprawie, jak również pominęła dowód w postaci zaświadczenia dotyczącego karalności za przestępstwa wydane przez Policję w Danii z dnia 28 września 2018 r.

Pozostały dowód wniesiony przez Przystępującego w postaci oświadczenia o wyrażeniu zgody na sprawdzenie danych z rejestru karnego wraz z uroczystym oświadczeniem zgodnie z art. 153 ust. 2 duńskiej ustawy o zamówieniach publicznych, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba chciałaby zwrócić także uwagę, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zaś stosownie do art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, Zamawiający nie złożył żadnych dowodów ani w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 maja 2023 r., ani na rozprawie.

W konsekwencji zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: