

**WYROK**

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZILINSKIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu, ŻILINSKIS IR CO UAB z siedzibą w Kownie na Litwie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENERGA-OPERATOR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku Oddział w Płocku z siedzibą w Płocku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZILINSKIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu, ŻILINSKIS IR CO UAB z siedzibą w Kownie na Litwie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZILINSKIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu, ŻILINSKIS IR CO UAB z siedzibą w Kownie na Litwie na rzecz zamawiającego ENERGA-OPERATOR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku Oddział w Płocku z siedzibą w Płocku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 2625/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający ENERGA-OPERATOR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Gdańsku Oddział w Płocku z siedzibą w Płocku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonanie robót budowlano-montażowych: Budowa linii SN-15 KV CIECHOMICE prawostronna część miasta w podziale na 2 części”, nr referencyjny: P/7/0013/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2024 r. pod numerem: 298243-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZILINSKIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu, ŻILINSKIS IR CO UAB z siedzibą w Kownie na Litwie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 25 lipca 2024 roku wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: wyborze oferty która nie było ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo tego, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego podjęcia niezbędnych czynności wyjaśniających w Postępowaniu, w wyniku czego Zamawiający niezasadnie, ewentualnie przedwcześnie dokonał odrzucenia najkorzystniejszej oferty Odwołującego pomimo braku podstaw do powyższego.

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:**

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń podczas gdy Wykonawca w istocie przedstawił stosowne dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia.

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 dalej „Rozporządzenie”) poprzez zaniechanie prawidłowego wezwania Odwołującego się do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania braku podstaw wykluczenia Ż. ir Co UAB z postępowania, czym pozbawił Odwołującego możliwości przedstawienia dowodów wykazujących brak podstaw wykluczenia.

- § 4 ust. 3 Rozporządzenia, poprzez błędną wykładnię i uznanie, że w zakresie wykazania podstaw wykluczenia odnoszących do urzędujących członków organów zagranicznej osoby prawnej, oświadczenie zastępujące dokumenty może być złożone tylko przez osoby, do których się odnoszą.

- art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i przedwczesne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Energy Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

#### **Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1.unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ENERGY INVEST SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, ul. GEN. WŁADYSŁAW SIKORSKIEGO, nr 166, lok. 0.03, 18-400 Łomża

2.unieważnienia czynności polegającej odrzuceniu oferty Odwołującego

3.ponownego przeprowadzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, względnie z koniecznością skierowania do Odwołującego wezwania do przedłożenia oczekiwanych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych mających na celu wykazanie spełnienia przez Odwołującego podmiotowych kryteriów udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:**

Odwołujący wskazał, że jego oferta w zakresie zadania nr 2 była najkorzystniejsza. W związku z czym Zamawiający m.in. pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie, przekazał dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Następnie pismem z dnia 14 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych: informacji z Krajowego Rejestru Karnego Partnera Konsorcjum - Ż. ir Co UABw zakresie urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta, czyli wobec osób:

- 1) Z.Z.,
- 2) A.L.,
- 3) K.K.,

wystawione przez właściwy organ, którym na Litwie według systemu eCertis jest Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji, oraz zaświadczenie potwierdzające, że wobec Ż. ir Co UAB nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Zamawiający wskazał, że złożone dotychczas przez Odwołującego dokumenty nie są prawidłowe, gdyż względem zaświadczeń wystawionych przez Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji wobec Panów Z.Z. i A.L. wskazać należy, że o ile przedstawiono zaświadczenie wystawione przez właściwy organ, to wskazany w ich treści art. 46 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem wynikającym z art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP.

Ponadto względem zaświadczenia wystawionego przez Przedsiębiorstwo Państwowe Centrum Rejestrów, w którym wskazano, że wobec Pana K.K. „nie został przyjęty ani nie uprawomocnił się oskarżający wyrok sądowy i nie ma on nieanulowanego czy ważnego wyroku skazującego za czyny przestępcze określone w art. 46 ust. 1 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych”, Zamawiający poinformował, że:

- a)nie można uznać tego zaświadczenia, ponieważ organem uprawnionym do jego wydania według systemu eCertis jest Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji,
- b)z powodów wskazanych w pkt (1) lit. a-f

Dodatkowo względem zaświadczenia wystawionego przez Przedsiębiorstwo Państwowe Centrum Rejestrów, w którym wskazano, że wobec Ż. ir Co „w ciągu ostatnich 5 lat nie został przyjęty ani nie uprawomocnił się oskarżający wyrok sądowy za czyny przestępcze określone w art. 46 ust. 1 i 3 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych”, Zamawiający poinformował, że:

- a)nie można uznać tego zaświadczenia, ponieważ organem uprawnionym do jego wydania według systemu eCertis jest Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji,

b) publicznych nie odnosi się do zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Zamawiający przywołał przy tym treść § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

Odwołujący pismem z 25 czerwca 2024 r. złożył na Platformie odpowiedź na wezwanie, wraz z zaświadczeniem Departamentu Technologii Informatycznych i Komunikacji Republiki Litewskiej obejmującymi dane Pana K.K. (wraz z tłumaczeniem), zaświadczenie Departamentu Technologii Informatycznych i Komunikacji Republiki Litewskiej dla Ż. ir Co (wraz z tłumaczeniem), oraz oświadczenie Odwołującego, złożone przez Lidera Konsorcjum. Oświadczenie zostało złożone w związku z faktem, że występujący jako Członek Konsorcjum Wykonawca, Ż. ir Co UAB posiada swoją siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, tj. na Litwie, gdzie wystawione przez uprawnione urzędy zaświadczenia o niekaralności podmiotów i osób, nie obejmują wszystkich podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 polskiej ustawy prawo zamówień publicznych, zaś zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia, w takiej sytuacji dokumenty zastępuje się odpowiednio w całości albo w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji.

Zamawiający w dniu 15.07.2024r. pismem z dnia 11.07.2024r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ze wskazanymi w Informacji powodami odrzucenia najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 2 przetargu Odwołujący się nie zgadza.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie nie wskazuje w sposób jednoznaczny z jakich powodów jego oferta została odrzucona przez Zamawiającego. Już na pierwszy rzut oka dostrzec można znaczne rozbieżności co do powodów odrzucenia, w efekcie czego, Odwołujący nie wie, czy powodem odrzucenia jego oferty były względy formalne, tj. - niezłożenie przez Pełnomocnika Wykonawcy, P.M. dokumentu dotyczącego podmiotu litewskiego, zastępującego dokumenty wystawione przez stosowny organ, w postaci oświadczenia złożonego pod przysięgą, przed organem sądowym, administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, czy też ze względów merytorycznych, tj. z tego powodu, że oświadczenie takie złożył pełnomocnik w imieniu urzędujących członków organów zarządzających Partnera Konsorcjum Ż. ir Co UAB, a winno ono zostać złożone przez te osoby samodzielnie, we własnym imieniu.

Ponadto, Zamawiający wskazuje, że przedłożone dowody o nazwie „IRD pażyma KK 06-14” oraz „IRD pażyma ŽCO\_06-21”, których Zamawiający dodatkowo żądał zostały zweryfikowane negatywnie pod względem podpisu elektronicznego wystawcy, podczas gdy wcześniej przekazane poprzez Platformę dokumenty podmiotowych środków dowodowych „IRD pażyma ALŽ 03-28” oraz „IRD pażyma ŽŽ 14.03.2024” nie zostały zweryfikowane negatywnie. Odwołujący wskazał, że do przedmiotowej kwestii, trudno się odnieść, gdyż Zamawiający nie opisał sposobu w jaki ów dokumenty weryfikował, na jakiej stronie, za pomocą jakich narzędzi do weryfikacji, w wyniku czego uzyskał negatywny wynik. Urzędowe dokumenty Republiki Litewskiej obejmującej zaświadczenia z Departament Technologii Informatycznej i Komunikacji Republiki Litewskiej wystawiane są w formie ADOC i podlegają weryfikacji, na litewskiej stronie .

W odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty Odwołujący wskazał, że mając na uwadze treść wezwania do uzupełnienia z dnia 14 czerwca 2024 r. Zamawiający nie tylko nie wskazał wprost jakich dokumentów oczekuje od Odwołującego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia litewskiego partnera, lecz wręcz wprowadził go w błąd co do tych dokumentów, przez co pozbawił go szansy na skuteczne wykazanie braku podstaw wykluczenia.

A zatem skoro, Zamawiający uznał, że zaświadczenia wystawione przez Departament Technologii Informatycznych i Komunikacji, tj. podmiot który zgodnie z systemem eCertis jest organem uprawnionym do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wobec Panów Z.Z. i A.L. oraz K.K. nie jest tożsamy z zakresem wynikającym z art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP, bowiem nie uwzględnił on wskazanych przesłanek – nie wskazał jednoznacznie i wprost jakie podmiotowe dokumenty, oświadczenia Odwołujący winien przedstawić, aby ów brak podstaw wykluczenia zarówno wskazanych osób, jak również samego podmiotu litewskiego wykazać.

Odwołujący wskazał, że to sam Zamawiający wskazał na rozbieżności co do podstaw wykluczenia w przepisach litewskich i polskich, tj. o tym, że treści art. 46 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem wynikającym z art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP, pomimo to wezwał Odwołującego do przedstawienia zaświadczenia z Departamentu Technologii Informatycznej i Komunikacji, których takich danych nie gromadzi. Co więcej wizualizacja treści zaświadczenia z litewskiego organu dokumentu o tzw. „niekaralności” widnieje w systemie eCertis jako przykład, aby Zamawiający w przypadku dokumentów transgranicznych mogli zweryfikować poprawność przedkładanych przez Wykonawców dokumentów.

Odwołujący podniósł, że we wskazanym wezwaniu do uzupełnienia, Zamawiający przywołał dodatkowo literalną treść przepisu § 4 ust. 3 Rozporządzenia, jednak dyspozycji przepisu nie odniósł do sytuacji Odwołującego i w związku z

treścią przepisu nie sformułował wezwania przedstawienia jakich konkretnie dokumentów oczekuje od Odwołującego. Jak się okazuje, rozbieżności interpretacyjne co do tego, jaki szczególny dokument, przez kogo podpisany i w którym imieniu złożony - o których mowa w Rozporządzeniu - zastąpiłby dokument urzędowy o niekaralności podmiotu zagranicznego w zakresie wszystkich podstaw wykluczenia, o których mowa w ustawie Pzp istnieją nawet u samego Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę na przedwczesność odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, oraz fakt, że Zamawiający winien był w wezwaniu do uzupełnienia wskazać jakimi dokumentami Odwołujący ma wykazać brak podstaw wykluczenia podmiotu litewskiego. Zdaniem Odwołującego wezwanie powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający niesłusznie zarzucił Odwołującemu, że przekazane przez niego dokumenty potwierdzające brak przesłanek wykluczenia litewskiego podmiotu nastąpiło z pominięciem treści § 4 ust. 3 Rozporządzenia.

Odwołujący zastosował się do wskazanego przepisu i zgodnie z jego treścią, na mocy udzielonego pełnomocnictwa złożył oświadczenie o określonej treści, które jednoznacznie wskazuje na brak podstaw wykluczenia podmiotu litewskiego, a tym samym spełniania warunków przetargu.

Odwołujący wyjaśnił, że posłużenie się we wskazanym przepisie Rozporządzenia wyrazem "lub", wskazuje na zastosowanie przez ustawodawcę alternatywy łącznej (nierozłącznej). Sposób interpretacji użytego spójnika oddzielającego poszczególne zakresy wymagań, potwierdzony został w licznych orzecznictwie. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2008 roku, sygn. akt., III CZP 31/08, Sąd wskazał, iż spójnik "lub" oznacza alternatywę łączną (nierozłączną) i stanowi przeciwieństwo wyrazu "albo", właściwego dla alternatywy rozłącznej (także wyrok SN z 17 marca 2006 r., I CSK 8 I/OS). Do podobnych wniosków doszedł Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2006 r. II UZP 10/06, który podkreślił, iż spójnik „lub” wyraża „alternatywę łączną, czyli dopuszcza możliwość współwystępowania sytuacji komunikowanych przez zdanie łączone tym spójnikiem”, a zatem możliwe jest spełnienie warunków wynikających z jednego lub kilku a także z wszystkich zdań oddzielonych spójnikiem "lub". Natomiast z odmienną sytuacją można by było mieć do czynienia, gdyby "dwa składniki zdania były połączone spójnikiem "albo" oznaczającym alternatywę rozłączną, czyli odnoszącą się do możliwości wykluczających się". Zgodnie z zasadami rządzącymi logiką, alternatywą nierozłączną (zwykłą, łączną), jest to zdanie złożone, które jest zbudowane przy pomocy funktora alternatywy nierozłącznej, do oznaczenia, którego używa się słowa "lub". Warunkiem prawdziwości alternatywy łącznej (nierozłącznej) jest prawdziwość choćby jednego argumentu zdaniowego. Natomiast warunkiem koniecznym dla fałszywości alternatywy zwykłej jest fałszywość obu zdań składowych. Zatem warunkiem wystarczającym przy alternatywie nierozłącznej (łącznej), tj. takiej jak zastosowana we wskazanym przepisie Rozporządzenia jest prawdziwość – istnienie chociażby jednego zdania – w tym przypadku użycia takiej alternatywy w zakresie dopuszczalnych dokumentów zamiennych w odniesieniu do podmiotów zagranicznych w celu wykazania braku podstaw wykluczenia, że spełnienie tych wymagań nastąpi w przypadku przedstawienia jednego ze wskazanych w przepisie kilku rodzaju oświadczeń zamiennych. Przy czym nie jest konieczne spełnienie wszystkich warunków z innych zdań rozdzielonych wyrazem "lub". Zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie w przypadku połączenia znakiem alternatywy nierozłącznej kilku zdań, dla "prawdziwości całego zdania, a zatem dla spełnienia wymagań w zakresie wykazania braku podstaw wykluczenia, wystarcza prawdziwość przynajmniej jednego zdania składowego (Logika praktyczna, Zygmunt Ziemiński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, str. 79).

Zatem przenosząc powyższe rozważania i reguły logiki na kanwę wskazanego przepisu Rozporządzenia, w zakresie możliwych do przedstawienia przez Odwołującego dokumentów zastępujących dokumenty, których w kraju siedziby Odwołującego nie wydaje się, lub nie obejmują one wszystkich przypadków wykluczenia o których mowa w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych, złożenie oświadczenia ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji przez samego Odwołującego, w tym przypadku przez umocowanego pełnomocnika Spółki Ż. ir Co UAB, P.M. z dnia 25 czerwca 2024r.. oznaczało, iż warunek w zakresie złożenia oświadczenia zastępującego dokumenty urzędowe został spełniony, zaś brak podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu litewskiego wykazany. Zgodnie bowiem z dyspozycją pierwszego ze zdań składowych rozdzielonych wyrazem „lub” wskazanego przepisu, P.M., jako umocowany pełnomocnik Wykonawcy, tj. Członka Konsorcjum złożył stosowne oświadczenie o braku podstaw wykluczenia w odniesieniu zarówno co do samej Spółki, jak również osób nią zarządzających, które pełnią w spółce określone funkcje.

W złożonym piśmie z dnia 8 sierpnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

#### **W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:**

Zamawiający opisał stan faktyczny sprawy, który jest zbieżny ze stanem faktycznym opisanym w odwołaniu.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że pełnomocnictwo złożone w postępowaniu upoważnia Pana P.M. do:

- 1) podpisania oferty w imieniu konsorcjum, reprezentowania konsorcjum oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia,
  - 2) składania, przygotowania, uzupełniania oferty oraz udzielania wyjaśnień i przedkładania uzupełnień dokumentów na żądanie Zamawiającego,
  - 3) kontaktowania się z Zamawiającym w trakcie postępowania,
  - 4) podpisywania oferty wraz z załącznikami, oświadczeniami oraz innymi dokumentami w imieniu Spółki, a także dokonywania weryfikacji wszelkich dokumentów Spółki,
  - 5) poświadczania dokumentów pochodzących ze Spółki za zgodność z oryginałem
- ale nie upoważnia do składania oświadczeń w imieniu członków Zarządu Ż. ir Co UAB.

Zamawiający przytoczył treść komentarza do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) pod redakcją Jaworska 2023, wyd. 1/Jarnicka, zaznaczając, że podziela zdanie w nim wyrażone, a mianowicie: *„W przypadku gdy zastępowany oświadczeniem dokument miałby dotyczyć konkretnej osoby (jak w przypadku KRK osób sprawujących funkcje w organach wykonawcy), wówczas oświadczenie takie składa dana osoba, nie zaś wykonawca. ... Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia zastępujące podmiotowe środki dowodowe powinno być 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.”*

Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści pisma przewodniego Odwołujący wskazał, że: *„Członek Konsorcjum Ż. ir Co UAB, posiada siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, tj. na Litwie. Również osoby zarządzające spółką, tj. Z.Z., A.L. oraz K.K., posiadają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, tj. na Litwie.”*, a następnie cytując zapis pkt 4.1. SWZ i analogiczny przepis § 4 ust. 1, a także § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia, dokonał samodzielnej interpretacji tego ostatniego z wyłączeniem i podkreśleniem fragmentu *„zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji”*, całkowicie pomijając dalszą część zdania dot. złożenia oświadczenia pod przysięgą albo przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego (jeżeli miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą).

Dalej, Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu m.in.: *„Zamawiający nie tylko nie wskazał wprost jakich dokumentów oczekuje od Wykonawcy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia litewskiego partnera, lecz wręcz wprowadził go w błąd co do tych dokumentów, przez co pozbawił go szansy na skuteczne wykazanie braku podstaw wykluczenia.”*

Powyższy zarzut jest, zdaniem Zamawiającego, całkowicie nieuzasadniony a sformułowane oczekiwanie nieuprawnione i nadmierowe. Treść przepisu § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia zacytowanego w treści kwestionowanego wezwania do uzupełnienia z dnia 14.06 br. brzmi jednoznacznie, a Zamawiający nie ma obowiązku pouczenia wykonawcy, jaka jest jego sytuacja w związku z wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający pouczył Odwołującego w wezwaniu cytując dosłownie treść tego przepisu, i co wymaga podkreślenia – zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie powinien mieć żadnych trudności w odczytaniu zacytowanego § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia, tym bardziej, że jego zapisy zostały przez Zamawiającego podkreślone poprzez pogrubienie czcionki i były czytelne.

W treści wezwania z dnia 14.06 br. Zamawiający wskazał, że zakres objęty zaświadczeniem wydanym przez Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji oraz Przedsiębiorstwo Państwowe Centrum Rejestrów nie jest tożsamy z zakresem, gdyż nie odnosi się on 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 ustawy Pzp. Nie świadczy to bynajmniej o tym, że dalsza część wezwania jest sformułowana w sposób błędny. W uznaniu Zamawiającego, to nie zatem „nieprawidłowe” sformułowanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego, a samodzielna i błędna interpretacja treści przepisu dokonana przez Odwołującego, a w jej wyniku nieprawidłowe uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych są przyczyną odrzucenia oferty.

Dalej, Zamawiający wskazał, że weryfikacja, a nawet kwalifikowana walidacja podpisów pod zaświadczeniami Departamentu Technologii Informacyjnych i Komunikacji, które Odwołujący przekazał w formacie .adoc nie powiodła się, ponieważ dokumenty te zostały zweryfikowane negatywnie pod względem podpisu elektronicznego wystawcy. Zamawiający ze względów bezpieczeństwa informatycznego co do zasady nie korzysta z nieznanych stron zagranicznych, ponadto trudno oczekiwać, żeby znał wszystkie strony wystawców zaświadczeń lub strony innych

podmiotów, na których można dokonać weryfikacji treści czy złożonych podpisów, tym bardziej, że Odwołujący nie wskazał ani w ramach odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ani w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia, gdzie te dokumenty należałoby zweryfikować. Zamawiający jest świadomy, że Odwołujący nie odpowiada za fakt tworzenia przez wystawców dokumentów czy organy państw stron dedykowanych do weryfikacji wystawionych przez uprawnione organy dokumentów, jednakże zauważyć należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek weryfikować prawidłowość elektronicznych podpisów kwalifikowanych zgodnie z treścią Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE.

Odwołujący przekazał zaświadczenia Departamentu Technologii Informacyjnych i Komunikacji zgodnie z treścią § 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452). Zamawiający podkreślił, że Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 773) w załączniku nr 2 określa dopuszczalne formaty danych oraz standardy zapewniające dostęp do zasobów informacji udostępnianych za pomocą systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych. W wykazie tym nie znajdziemy formatu .adoc.

Z powyższego wynika więc, że obowiązujące regulacje prawne nie uwzględniają okoliczności, że:

- 1) państwa mogą tworzyć strony dedykowane do weryfikacji wystawionych przez uprawnione organy dokumentów,
- 2) upoważnione podmioty mogą wystawiać dokumenty w formatach danych wykraczających poza dopuszczone w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności.

Zdaniem Zamawiającego powyższe absolutnie nie stanowi zatem o tym, że Zamawiający popełnił błąd w zakresie weryfikacji przedłożonych zaświadczeń.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: dokumenty: IRD pażyma KK 06-14 wizualizacja; IRD pażyma KK 06-14 tłumaczenie; IRD pażyma ŽCO\_06-21 wizualizacja; IRD pażyma ŽCO\_06-2 tłumaczenie *na fakt*: weryfikacji podpisu umieszczonego na dokumentach; prawidłowości i ważności złożonych dokumentów elektronicznych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa linii SN-15 KV CIECHOMICE prawostronna część miasta w podziale na części.

Zgodnie z informacją o złożonych ofertach z dnia 27 maja 2024 r. w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło sześciu wykonawców.

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie części nr 2. Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 13 czerwca 2024 r. Treść pism nie była kwestionowana przez strony, jak i nie budziły wątpliwości Izby. Mając to na uwadze Izba uznała za zbyteczne powtarzanie ich treści.

Pismem z dnia 14 czerwca 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia następujących podmiotowych środków dowodowych:

### **1. Informacji z Krajowego Rejestru Karnego Partnera Konsorcjum - Ž. ir Co UAB**

*Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP Wykonawca winien złożyć zaświadczenia Partnera Konsorcjum wystawione przez właściwy organ, którym na Litwie według systemu eCertis jest Departament Technologii Informacyjnych i Komunikacji wobec: urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub*

partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta, czyli wobec osób:

- 1)Z.Z.,
- 2)A.L.,
- 3)K.K.,

oraz, zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 4 PZP zaświadczenie potwierdzające, że wobec *Ż. ir Co UAB* nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

W toku badania złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów wykazano, że złożone dokumenty są nieprawidłowe z następujących powodów:

- (1)względem zaświadczeń wystawionych przez Departament Technologii Informatycznych i Komunikacji wobec Panów Z.Z. i A.L. wskazać należy, że o ile przedstawiono zaświadczenie wystawione przez właściwy organ, to wskazany w ich treści art. 46 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem wynikającym z art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP, przy czym dla przykładu wskazać należy, że nie uwzględnia on:
  - a)czynów wskazanych w art. 258 Kodeksu karnego - art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP;
  - b)czynów wskazanych w art. 228, 230, 230a, 296, 298-307 Kodeksu karnego - art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c oraz lit. g PZP,
  - c)czynów wskazanych w art. 47-48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1599 i 2185) - art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP,
  - d)czynów wskazanych w art. 54 ust. 2-3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 826) - art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c PZP,
  - e)przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f PZP,
  - f)przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h PZP,
- (2)względem zaświadczenia wystawionego przez Przedsiębiorstwo Państwowe Centrum Rejestrów, w którym wskazano, że wobec Pana K.K. „nie został przyjęty ani nie uprawomocnił się oskarżający wyrok sądowy i nie ma on nieanulowanego czy ważnego wyroku skazującego za czyny przestępcze określone w art. 46 ust. 1 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych”, Zamawiający informuje, że:
  - a)nie może uznać tego zaświadczenia, ponieważ organem uprawnionym do jego wydania według systemu eCertis jest Departament Technologii Informatycznych i Komunikacji,
  - b)z powodów wskazanych w pkt (1) lit. a-f.
- (3)względem zaświadczenia wystawionego przez Przedsiębiorstwo Państwowe Centrum Rejestrów, w którym wskazano, że wobec *Ż. ir Co* „w ciągu ostatnich 5 lat nie został przyjęty ani nie uprawomocnił się oskarżający wyrok sądowy za czyny przestępcze określone w art. 46 ust. 1 i 3 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych”, Zamawiający informuje, że:
  - a)nie może uznać tego zaświadczenia, ponieważ organem uprawnionym do jego wydania według systemu eCertis jest Departament Technologii Informatycznych i Komunikacji,
  - b)żadna z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 1 i 3 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych nie odnosi się do zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, 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 lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, 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 lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć.** Dokument, o którym mowa, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.

Dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniami na język polski.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wraz z pismem z dnia 25 czerwca 2024 r. przedłożył: zaświadczenie Departamentu Technologii Informatycznych i Komunikacji Republiki Litewskiej obejmującymi dane Pana

K.K. (wraz z tłumaczeniem), zaświadczenie Departamentu Technologii Informacyjnych i Komunikacji Republiki Litewskiej dla Ź. ir Co (wraz z tłumaczeniem), oraz oświadczenie pełnomocnika wykonawcy o następującej treści:

„(...)

Ja, niżej podpisany P.M. działając w imieniu Ź. ir Co UAB – Członka Konsorcjum w związku z udziałem w charakterze Wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. "Budowa linii SN-15 kV Ciechomice prawostronna część miasta w podziale na 2 części", numer postępowania: P/7/0013/2024, na mocy udzielonego mi przez uprawnionego do samodzielnej reprezentacji Ź. ir Co UAB Dyrektora Zarządzającego K.K. pełnomocnictwa z dnia 06.10.2022 r. jako uprawniony do składania wszelkich oświadczeń w imieniu Członka Konsorcjum w toku postępowania, niniejszym na mocy § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy (Dz.U. z 2020 poz. 2415, dalej „Rozporządzenie”) oraz na podstawie rozdziału XIV pkt 4.3. SWZ, w zastępstwie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia:

**Niniejszym oświadczam, że od dnia składania ofert w niniejszym postępowaniu do chwili obecnej:**

**1. Urzędujących członków organów zarządzających Partnera Konsorcjum Ź. ir Co UAB, tj. Dyrektora K.K., jak również członków Zarządu A.L. oraz Ź.Ż.:**

- nie skazano prawomocnie za przestępstwa wskazane w: art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, tj. 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 2022 r. poz. 1599 i 2185) 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 2023 r. poz. 826),

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;

- nie orzeczono wobec żadnego z nich prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, tj. z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- nie naruszyli obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy: tj. żaden z nich nie został prawomocnie skazany za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, jak również żaden z nich nie został ukarany za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny, tj. za okoliczności wskazane art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy prawo zamówień publicznych, 2. wobec spółki Ź. ir Co UAB

**Nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, tj. w zakresie wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania określonych w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Niniejsze oświadczenie zostaje złożone w związku z faktem, że występujący jako Członek Konsorcjum Wykonawca, Ź. ir Co UAB posiada swoją siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, tj. na Litwie, gdzie wystawione przez uprawnione urzędy zaświadczenia o niekaralności podmiotów i osób, nie obejmują wszystkich podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 polskiej ustawy prawo zamówień publicznych, tj. dla wykazania spełnienia przez Członka**



Konsorcjum braku przesłanek wykluczenia dotyczących podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 4.1 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 pkt 1, 2 lit.a) i b) ustawy Pzp, **zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji (...).**”

Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Zamawiający wskazał, że w części nr 2 postępowania odrzucił m.in. ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu wskazał:

„Odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, który stanowi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: ... została złożona przez wykonawcę: ... który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”

2) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: ... została złożona przez wykonawcę: ... jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów”.

Wykonawca, z pominięciem treści § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) przedstawił dowody mające na celu potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia z postępowania względem Członka Konsorcjum, jednakże nie z tytułu prawomocnego skazania 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), a także z tytułu prawomocnie orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Ponadto przedłożone dowody o nazwie „IRD pażyma KK 06-14” oraz „IRD pażyma ŽCO\_06-21” zostały zweryfikowane negatywnie pod względem podpisu elektronicznego wystawcy, a oświadczenie Pana P. M. w sprawie wykazania niepodlegania wykluczeniu Członka Konsorcjum z postępowania jest nieprawidłowe w zakresie formalnym, ponieważ nie odpowiada zasadom ustalonym w treści § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia, gdyż nie zostało ono złożone pod przysięgą, lub złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Oświadczenie to nie zostało także podpisane w obecności notariusza, który poświadczyłby notarialnie podpis (o czym mowa poniżej).

(...)

W toku badania złożonych przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych stwierdzono, że przywołany w treści zaświadczeń wystawionych dla osób, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 46 ust. 1 ustawy o Zamówieniach Publicznych Republiki Litewskiej nie jest tożsamy z zakresem wynikającym z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zaświadczenie wystawione względem Członka Konsorcjum na podstawie 46 ust. 1 i 3 Ustawy Republiki Litewskiej o zamówieniach publicznych” nie uwzględnia prawomocnie orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

(...)

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy uzupełnionych podmiotowych środków dowodowych i stwierdził, że Wykonawca nie wykazał braku podlegania wykluczeniu na podstawie przesłanek:

a) 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),

b) zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Podkreślenia wymaga, że właśnie wobec faktu, że osoby zobowiązane do złożenia oświadczeń zgodnie z przepisami ww. Rozporządzenia mają miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej wyznaczono Wykonawcy aż 11 dniowy termin na uzupełnienie dokumentów, w którym to terminie zdołał on pozyskać kolejne zaświadczenia Departamentu Technologii Informacyjnych i Komunikacji Republiki Litewskiej.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z treścią komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza <https://ekomentarzppz.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-108> (dostęp 1.07.2024 r.) : „Zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takich dokumentów lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich

przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, 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.

Instytucja oświadczenia pod przysięgą jest przewidziana przede wszystkim w systemie common law ... Osoba składająca oświadczenie pod przysięgą musi je złożyć w obecności radcy prawnego (ang. solicitor), notariusza lub prawnika upoważnionego do przyjmowania zeznań pod przysięgą (ang. Commissioner for Oaths), który poświadcza złożenie takiego oświadczenia.

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. Przepisy krajowe mogą przewidywać różne sposoby wyrażenia takiego oświadczenia. Można je złożyć ustnie przed notariuszem, który sporządza protokół notarialny. Notariusz może też sporządzić dokument zawierający oświadczenie, odczytać go i dać do podpisu wykonawcy. Wreszcie wykonawca może sporządzić pismo z odpowiednim oświadczeniem i podpisać je w obecności notariusza, który poświadcza notarialnie podpis. Nie jest natomiast oświadczeniem złożonym przed notariuszem dokument poświadczony przez notariusza w odniesieniu do podpisu już figurującego na dokumencie (tj. niezłożonego w obecności notariusza).”

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że powszechną, zgodną z zasadami obowiązującego prawa praktyką Zamawiających jest wzywanie Wykonawców do składania oświadczeń złożonych pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożonych przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć w sytuacjach, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 ww. Rozporządzenia, 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 Pzp (tak np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-11-09, KIO 2351/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-08-04, KIO 1522/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2009-08-28, KIO/UZP 1054/09; także Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2013-08-29, IX Ga 128/13).

Ponadto z treści Komentarza do ww. rozporządzenia pod redakcją Jaworska 2023, wyd. 1/Jarnicka, wynika, że: „W przypadku gdy zastępowany oświadczeniem dokument miałby dotyczyć konkretnej osoby (jak w przypadku KRK osób sprawujących funkcje w organach wykonawcy), wówczas oświadczenie takie składa dana osoba, nie zaś wykonawca. ...”. Zdaniem Zamawiającego Pan P.M. niezasadnie złożył oświadczenie w imieniu urzędujących członków organów zarządzających Partnera Konsorcjum Ż. ir Co UAB, tj. Dyrektora K.K, jak również członków Zarządu A. L. Ż. oraz Ż. Ż. albowiem mając na względzie wyżej wskazaną treść komentarza, osoby te winny samodzielnie, we własnym imieniu złożyć stosowne oświadczenia.  
(...)”

Osią sporu pomiędzy Stronami była przede wszystkim wykładnia § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jak również precyzyjność wezwania Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1,

podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

§ 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie”) stanowi, że: *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. Przepis ust. 2 stosuje się.*

Izba uznała, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych było prawidłowe. Zamawiający wskazał w czym upatruje nieprawidłowości w złożonych podmiotowych środkach dowodowych jak również przytoczył treść § 4 ust. 3 Rozporządzenia **boldując i podkreślając** odpowiednie fragmenty.

Rację miał Zamawiający twierdząc, że to Odwołujący błędnie zinterpretował § 4 ust. 3 wskazanego Rozporządzenia. Odwołujący skupił się wyłącznie na początkowej treści wskazanego przepisu, nie biorąc pod uwagę jego dalszej części. Z kolei z treści ww. przepisu wynika, że oświadczenie musiało zostać złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, 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 lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć.

Nadto, Izba podziela pogląd wyrażony w doktrynie zgodnie z którym w sytuacji, gdy zastępowany oświadczeniem dokument miałby dotyczyć konkretnej osoby – czyli ma zastąpić informację z Krajowego Rejestru Karnego na temat członków organów wykonawcy - wówczas oświadczenie powinna złożyć dana osoba.

Abstrahując od powyższego, nawet gdyby uznać, że to jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego mógł złożyć oświadczenie w imieniu członka zarządu, to warto podkreślić, że Pan Madej nie wykazał aby był upoważniony do składania jakichkolwiek oświadczeń w imieniu członków zarządu. P. Madej był upoważniony jedynie do reprezentowania spółki, a nie do reprezentowania spółki oraz członków zarządu. Z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że pełnomocnik działający w imieniu i na rzecz spółki może również działać w imieniu członków zarządu spółki.

Odnosząc się do walidacji podpisów pod zaświadczeniami Departamentu Technologii i Komunikacji, które Odwołujący przedłożył w formacie .adoc – przede wszystkim to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że brak możliwości pozytywnej weryfikacji podpisu elektronicznego wynika z przyczyn zależnych od Odwołującego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nawet nie podjął próby wykazania przyczyn braku takiej weryfikacji. Z kolei z dowodów przedłożonych przez Odwołującego, które nie były kwestionowane przez Zamawiającego i którym Izba dała wiarę w całości, wynika że podpis został zweryfikowany prawidłowo.

W myśl art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. Przepis ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania art. 78<sup>1</sup> § 1 KC, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są dwa elementy. Po pierwsze, złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, po drugie, opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W świetle art. 32 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/214 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (rozporządzenie eIDAS) nie ma wymogu dla ocenyważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzyskania pozytywnego raportu weryfikacji, a jedynie zawarty został wymóg, aby system wykorzystany do walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego zapewniał stronie ufającej prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwiał stronie ufającej wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem.

Co za tym idzie nie ma podstaw do uzależnienia skuteczność złożonych dokumentów od możliwości jednoznacznej weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego na dokumencie. Takie postępowanie nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach prawa. Zamawiający nie ma podstaw by odmówić podpisowi elektronicznemu statusu

kwalifikowanego podpisu elektronicznego, ani jego ważności, w sytuacji, gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu.

Powyższe nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp który stanowi, że *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W niniejszej sprawie potwierdziła się jedna z podstaw faktycznych odrzucenia, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w całości.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit a, pkt 2 lit b w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....