Sygn. akt: KIO 3201/23

WYROK
z dnia 9 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2023 r. przez Odwołującego **Remak-Energomontaż Spółka Akcyjna**, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna**, ul. Ogrodowa 59a, 00-876 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – Voith Hydro GmbH & Co KG, Linzer Strasse 55, A-3100 St. Pölten (Austria) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 20.10.2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – PGE Energia Odnawialna S.A. i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów Odwołującego;

2.2zasądza od Zamawiającego – PGE Energi Odnawialna S.A. na rzecz Odwołującego – Remak Energomontaż S.A kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 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:……

Sygn. akt: KIO 3201/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PGE Energia Odnawialna S.A. z/s w Warszawie, na realizację zamówienia sektorowego na *EW Solina – Remont cykliczny Hz-3 i Hz-4 – część mechaniczna wraz z wymianą zasuw awaryjnych, podestów oraz drabinek zejściowych szybów zasuw Hz-3 i Hz-4* (sygn. postępowania: POST/EOD/EOD/BM/00032/2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.02.2023 r.,2023/S 040-117056, wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty własnej i wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawca Remak-Energomontaż S.A. wniósł w dniu 26.10.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3201/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b. Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Pzp w zw. z § 4 ust. 3 oraz § 12 ust. 1 i 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, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Remak-Energomontaż S.A., w sytuacji gdy Remak-Energomontaż S.A. przedłożył podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie przez podmiot trzeci (Litostroj Engineering a.s) warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20.10.2023 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie w procedurze odwróconej. W dniu 14.04.2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 12.05.2023 r. Zamawiający na podstawie art. 122 Pzp zażądał, aby Odwołujący zastąpił podmiot GE Renewable Austria GmbH wskazany do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, innym podmiotem albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał nowy podmiot Litostroj Engineering a.s. i przedłożył dokumenty dotyczące tego podmiotu. Odwołujący składał wyjaśnienia dotyczące podmiotowych środków dowodowych w piśmie z 12.06.2023 r. Zamawiający następnie unieważnił czynności związane z wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, na co odwołanie wniósł wykonawca Voit i wyrokiem z dnia 01.08.2023 r. KIO nakazała Zamawiającemu dokonania oceny przedłożonych podmiotowych środków

dowodowych po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp.

W dniu 21.08.2023 r. Voith wniósł odwołanie wobec czynności zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej. W dniu 01.09.2023 r. KIO wydała postanowienie o odrzuceniu odwołania. W dniu 11.09.2023 r. odbyła się aukcja elektroniczna z udziałem wszystkich oferentów, którą wygrał Odwołujący.

Odrzucając w dniu 20.10.2023 r. ofertę Odwołującego Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie aktualności wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców Litostroj oraz w zakresie wykazania, że Litostroj nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie zdrowotne. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał, że członkowie zarządu Litostroj oraz sam podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu ze względu na skazanie za przestępstwo wymienione w treści art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f pzp. Zamawiający uznał, że przedłożony podmiotowy środek dowodowy w postaci wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców dotyczący Litostroj nie jest wystarczającym dokumentem potwierdzającym spełnienie przez zarząd Litostroj oraz sam podmiot trzeci warunku niekaralności za przestępstwo opisane w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Pzp.

W ocenie Odwołującego decyzja o odrzuceniu jest niezasadna, gdyż złożony został w postępowaniu podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie spełnienia przez podmiot trzeci – Litostroj warunku niekaralności – wykaz z listy kwalifikowanych dostawców, który dotyczy Litostroj oraz członków zarządu spółki. Ponieważ *Wykaz* nie zawiera informacji o niekaralności członków rady nadzorczej, dodatkowo złożony został wyciąg z Rejestru Karnego Osób Fizycznych, poświadczający niekaralność przewodniczącego rady nadzorczej oraz członka rady nadzorczej. Ponieważ *Wyciąg* powstaje na bazie szeregu dokumentów podstawowych wskazanych w § 75 ustawy czeskiej, w tym na bazie wyciągu z Rejestru Karnego, oznacza to, że w zakresie informacji o niekaralności w pełni zastępuje wyciąg z czeskiego Rejestru Karnego. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.02.2018 r., sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17, w którym przedmiotowy *Wyciąg* został oceniony jako równorzędny z informacją z Rejestru Karnego Osób Prawnych prowadzonego w Czechach i możliwy do złożenia przez wykonawcę. Brak jest podstaw do twierdzenia, iż przedmiotowy *Wyciąg* nie jest dokumentem równoważnym z Informacją z Rejestru Karnego Osób Fizycznych w zakresie organów statutowych Litostroj Engineering a.s. (członków zarządu), uwzględnionych w *Wyciągu.*

Odwołujący wskazał również, iż w czeskim Rejestrze Karnym nie mogłaby znaleźć się wzmianka o skazaniu za przestępstwo opisane w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f) Pzp, albowiem takie przestępstwo ani jego ewentualny odpowiednik nie istnieje w czeskim systemie prawnym. Skoro Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń w zakresie podmiotowego środka dowodowego w postaci wyciągu z Rejestru Karnego członków rady nadzorczej, nie jest uprawniony do kwestionowania *Wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców* w zakresie niekaralności osoby prawnej oraz członków zarządu Litostroj.

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*, w § 12 odnoszą się do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców, który pozwala wpisanemu w nim wykonawcy na złożenie w miejsce odpowiednich podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ustawie i rozporządzeniu, zaświadczenia o wpisie do urzędowego wykazu wydanego przez właściwy organ lub certyfikatu wydanego przez właściwą jednostkę certyfikującą kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wskazujące na podmiotowe środki dowodowe stanowiące podstawę wpisu lub uzyskania certyfikacji. Takim zaświadczeniem jest złożony *Wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców,* będący urzędowym wykazem stosowanym w Czechach, o którym mowa w § 12 rozporządzenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Voith Hydro GmbH & Co KG.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający odwołał się do regulacji 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, określającej zasady na jakich podmiot mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczpospolitej Polskiej powinien wykazać brak karalności. Zgodnie z § 4 ust. 1 *Rozporządzenia*, jeżeli dokumenty wystawiane w kraju nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 pzp, konieczne jest zastąpienie tych dokumentów – odpowiednio w całości lub w części – dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy złożonego pod przysięgą, lub jeżeli w kraju 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 uznał, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia dotyczących prawomocnego skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 Pzp, należało zastąpić dokumenty, odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednie oświadczenie, tj. oświadczeniem złożonym przed notariuszem (w zakresie wymaganym przez Ustawę Pzp, a nieuregulowanym ustawą czeską). Brak ten nie mógł być konwalidowany w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający wyczerpał możliwość jednokrotnego wezwania Odwołującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych podmiotu udostepniającego zasoby (wezwanie z 12.05.2023 r.).

Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym wnosił o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. Podstawą odrzucenia odwołania miało być w ocenie Przystępującego stwierdzenie, iż Odwołujący nie ma statusu wykonawcy, co zostało spowodowane niezaskarżeniem decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty w całości, a jedynie co do jednej z podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia. Według Przystępującego podstawą odrzucenia były dwie podstawy faktyczne i dotyczące okresu karalności wskazanego w treści *Wyciągu* oraz różnicy w katalogu przestępstw wymienionych w *Wyciągu* względem art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp. Wnosząc natomiast o oddalenie odwołania Przystępujący wskazał, iż Odwołujący dla wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, powinien przedstawić *Wyciąg* oraz oświadczenie własne członków organu zarządzającego złożone przed notariuszem w zakresie pozostałych przestępstw wymienionych w treści art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, które nie zostały wymienione w załączniku nr 3 do czeskiej ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwana dalej

Ustawą.

Z uwagi na wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Ustawy, podtrzymany na posiedzeniu przez Przystępującego jak i Zamawiającego i uzupełniony o dodatkowy element braku zaskarżenia w całości czynności odrzucenia oferty wykonawcy, które miało nie obejmować podstawy odrzucenia oferty w związku z art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy, skład orzekający uznał, iż w momencie wniesienia odwołania status wykonawcy w postępowaniu nie był wątpliwy. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie, co jest wystarczające do uznania, iż Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do korzystania z środka ochrony prawnej. Kwestionowanie statusu wykonawcy, prowadzące do odrzucenia odwołania na podstawie wskazanego przepisu wymagałoby stwierdzenia, iż w momencie wnoszenia odwołania ostatecznym stało się odrzucenie oferty tego wykonawcy, co w świetle orzecznictwa stanowi podstawę do uznania, iż podmiot taki traci status wykonawcy i możliwość korzystania z ochrony prawnej przed czynnościami zamawiającego w postępowaniu, w którym nie ma już jego oferty (tak m.in. w postanowieniu z 18.02.2022, sygn. akt KIO 327/22, postanowieniu z 13.04.2022, sygn. akt KIO 900/22, postanowieniu z 31.05.2022 r., sygn. akt KIO 1400/22, postanowieniu z 16.09.2022 r., sygn. akt KIO 2301/22, postanowieniu z 10.10.2022 r., sygn. akt KIO 2551/22). Ochrona prawna przysługuje wykonawcy, który może jeszcze zamówienie uzyskać. Orzecznictwo, w tym europejskie wskazując na możliwość zaskarżenia przez wyeliminowanego wykonawcę czynności zamawiającego wyboru oferty innego wykonawcy, ogranicza to prawo zaskarżenia wyłącznie do sytuacji, gdy obie czynności (wykluczenia/odrzucenia i wyboru oferty) podjęto jednocześnie, a czynność odrzucenia oferty nie stała się prawomocna (patrz. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.04.2021, sygn. akt XXIII Zs 10/21).Orzecznictwo TSUE wskazuje też, że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania można odmówić dostępu do odwołania od decyzji w sytuacji gdy decyzja o wykluczeniu została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało mocy powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania (wyrok z dnia 21.12.2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*).

W niniejszej sprawie Odwołujący kwestionuje jednocześnie czynność odrzucenia oferty własnej i wyboru oferty najkorzystniejszej, które to czynności stanowiły o wyniku postępowania, którego uprawomocnienie prowadzić będzie, w zależności od rozstrzygnięcia, do utraty przez Odwołującego, bądź nie, statusu wykonawcy. Argumenty Przystępującego i Zamawiającego związane były z zakresem objęcia zaskarżeniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co przesądzone może być dopiero po rozpoznaniu zarzutów, a nie na etapie badania formalnego i legitymacji wykonawcy wnoszącego odwołanie. Nie mogą one zatem mieć znaczenia dla samego badania statusu wykonawcy na moment wniesienia odwołania, a ten nie został ostatecznie przesądzony, tzn. wykonawca nie był skutecznie odrzucony, a odwołanie ma celu przywrócenie jego oferty do oceny. Rozpoznanie zarzutów w zakresie podniesionym w środku odwoławczym uwzględniać będzie musiało ewentualny wpływ naruszenia przepisów na wynik postępowania. Jest to element rozpoznania, a nie badania od strony formalnej dopuszczalności odwołania.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie, jak i stanowiska i wyjaśnienia stron.

Izba ustaliła i zważyła.

Stan faktyczny sprawy w zakresie przedmiotu sporu zasadniczo sprowadza się do uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Poprzedzające tą decyzje czynności podejmowane w postępowaniu, również unieważniane i powtarzane w następstwie wydanych wyroków KIO, stanowiły tło, jednak to uzasadnienie przyjęte dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego było wiążące tak dla wykonawcy, który na tej podstawie formułował zarzuty, jak i dla samego Zamawiającego.

Zamawiający w zawiadomieniu z 20.10.2023 r. wskazując na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy wskazał, iż podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu Listroj Engeenering a.s. nie potwierdzają w pełni braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2) i 4) Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp (str. 2 pisma).

Po tym stwierdzeniu Zamawiający rozwinął stanowisko dotyczące podmiotowego środka dowodowego – wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców (*Wyciąg*). Zamawiający wskazał, iż w części przyjął wyjaśnienia, jakie składał Odwołujący do tego środka dowodowego, tj. w zakresie aktualności wyciągu w części dotyczącej nie zalegania ze składkami ubezpieczeniowymi i podatkowymi. Zamawiający w zakresie okresu karalności i różnicy zakresu przestępstw wyjaśnień nie uznał. Następnie w dwóch częściach uzasadnieniach opisanych w pkt I i II Zamawiający przedstawił argumentację dotyczącą pkt 2 tieret 1 - § 74 ust. 1 lit a oraz pkt 2 tieret 2-4 - § 74 ust. 1 lit. b), c), d) i e). Dalej Zamawiający odnosił się do danych prezentowanych w dokumencie prowadzonym na podstawie § 226 i nast. Ustawy nr 134/2016 o zamówieniach publicznych (ustawa czeska). Wskazując na różnice w porządkach krajowych (okresu w jakim miałaby nastąpić skazanie – 5 lat, jak również wskazanych w przepisach ustawy nr 134/2016 rodzajów przestępstw – załącznik nr 3). **W konkluzji Zamawiający stwierdził, iż złożony dokument, który referuje bezpośrednio do załącznika nr 3 czeskiej ustawy – a co za tym idzie wykonawca nie wykazał, że członkowie zarządu oraz sam podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu ze względu na skazanie za przestępstwo wymienione w treści art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. f) Pzp.** Całość argumentów prezentowanych w pkt I (strony 2-3) prowadzi do konkluzji o niedostatecznym zakresie informacji o niekaralności członków zarządu i samego podmiotu z uwagi na węższy katalog przestępstw wskazanych w przepisach ustawy czeskiej, tj. braku potwierdzenia, iż nie doszło do skazania za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f polskiej Ustawy. W pkt II uzasadnienia Zamawiający odniósł się do informacji związanych z przesłanką krajową wykluczenia objętą treścią art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp, które ostatecznie Zamawiający uznał za aktualne, przyjmując w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy. Na rozprawie Zamawiający przyznał, iż podstawą odrzucenia oferty nie był art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy przywołany na stronie 2 pisma (zdanie podkreślone). Dalsza część uzasadnienia dotyczy braku możliwości ponownego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z uwagi na wcześniejsze wyczerpanie procedury uzupełnienia dokumentów przewidzianej w art. 122 Pzp.

Analiza przepisów ustawy nr 134/2016 o zamówieniach publicznych, w tym załącznika nr 3 i wymienionych w nim

przestępstw potwierdza występowanie rozbieżności pomiędzy katalogiem przestępstw skutkujących sankcją wykluczenia w stosunku do określonego w art. 108 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Ustawa czeska nie przewiduje wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku skazania za czyn odpowiadający przestępstwu wskazanemu w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Ustawy.

Odwołujący przedłożył dla podmiotu udostępniającego zasoby mającego siedzibę na terytorium Republiki Czeskiej, tj. Litostroj Engineering a.s. *Wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców,* wydany w oparciu o § 226 i nast. Ustawy nr 134/2016 o zamówieniach publicznych, obowiązującej na terytorium Republiki Czeskiej (ustawa czeska). Dokument ten potwierdza w pkt 2 podstawowe kompetencje wykazane przez dostawcę, w tym w zakresie referującym do § 74 ust. 1 lit. a):

nie widnieją prawomocne skazania w państwie swojego zamieszkania w ciągu ostatnich 5 lat za przestępstwo wymienione w art załącznika nr 3 do ustawy lub przestępstwo o podobnym charakterze według porządku prawnego kraju siedziby dostawcy; powyższe nie uwzględnia zatartych wyroków (wymóg ten spełniały wszystkie osoby fizyczne i osoby prawne wymienione w pkt 1.1. – 1.4. tego oświadczenia).

W pkt 1.4 wymieniono organ statutowy ze wskazaniem na osoby Prezesa Zarządu i dwóch Członków Rady.

Dodatkowo Odwołujący przedstawił wyciągi z Rejestru Karnego Osób Fizycznych dla dwóch członków Rady Nadzorczej, w których widnieje wpis *Brak informacji o skazaniu niniejszej osoby*.

Izba zważyła.

W pierwszej kolejności koniecznym było ustalenie jakie okoliczności stanowiły uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co z jednej strony pozwalało na sformułowanie zarzutów względem czynności Zamawiającego w odwołaniu, a z drugiej strony również zakreślało granice rozpoznania. Odnosić to należy tak do podstawy faktycznej i prawnej zarzutów, które wyznaczają zakres rozpoznania. Z drugiej strony, zakres uzasadnienia w tym wskazane podstawy faktycznej prowadzące do odrzucenia oferty Odwołującego wyznaczały granice argumentów, jakimi mógł posłużyć się Zamawiający w sporze przed Krajową Izbą Odwoławczą bronić dokonanej w postępowaniu czynności.

Skład orzekający doszedł do wniosku, iż uzasadnienie odrzucenia oferty miało faktycznie swoje granice nie w samym wskazaniu podstawy prawnej, tj. art. 108 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp, ale wymagało zestawienia z uzasadnieniem faktycznym, a to sprowadzało się wyłącznie do wskazania na niedostateczny zakres informacji o braku skazania z uwagi na węższy, nie uwzględniający przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Ustawy Pzp, katalog przestępstw regulowanych przepisami ustawy czeskiej. W sprawie nie budziło sporu, iż pomiędzy ustawodawstwem obu krajów występują różnice wynikające z szerszego katalogu przesłanek regulowanych przepisami Ustawy Pzp, tj. art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f. Zamawiający w uzasadnieniu chociaż wskazywał na szereg informacji nawiązując do zdarzeń, które prowadziły do odrzucenia oferty (w tym wyjaśnienia samego Odwołującego), to uzasadnienie odrzucenia sprowadził faktycznie do podstawy z art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy związanej ze skazaniem za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1. W ocenie składu orzekającego próba rozszerzenia podstawy odrzucenia na art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy nie mogła być skuteczna na obecnym etapie postępowania odwoławczego z uwagi na brak odniesienia w uzasadnieniu faktycznym do okoliczności związanych z przesłanką dotyczącą prawomocnego orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Samo powołanie podstawy prawnej, w zdaniu podkreślonym, poprzedzającym rozwinięcie uzasadnienia nie mogło rozstrzygać i wskazywać na rzeczywiste motywy negatywnej oceny podmiotowego środka dowodowego, czego obrazem jest również stanowisko Zamawiającego dotyczące przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp., która również została przywołana na str. 2 (w zdaniu podkreślonym), a w dalszej części pisma argumentacja Zamawiającego prowadziła faktycznie do uznania, iż nie stanowiło to podstawy odrzucenia oferty. Tym samym Izba pominęła, jako niemające znaczenia dla rozpoznania argumenty podniesione przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, a referujące do podstawy odrzucenia z art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy, której nie było w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty.

W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie odnosi się do jedynej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, jaką było uznanie przez Zamawiającego, iż złożony podmiotowy środek dowodowy nie mógł potwierdzać braku podstaw do wykluczenia w zakresie przesłanki objętej art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f) Ustawy i wymagał uzupełnienia oświadczeniem Wykonawcy złożonym w formie aktu notarialnego.

W sprawie nie budziły sporu okoliczności faktyczne (poza ustaleniem podstawy odrzucenia oferty), a istota sporu miała charakter prawny i dotyczyła oceny prawnej dokumentu złożonego w oparciu o przepisy ustawy czeskiej nr 134/2016 regulującej zasady prowadzenia postępowań w sprawie zamówień publicznych na terenie Republiki Czeskiej. Zasadniczym stało się zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w świetle węższego zakresu podstawy prawnej skazania osób fizycznych, uniemożliwiającej udział w procedurze przetargowej na terytorium Czech, koniecznym było złożenie oświadczenia w formie aktu notarialnego na okoliczność braku skazania za przestępstwo, które nie jest objęte regulacją krajową wykonawcy mającego siedzibę na terytorium innego państwa.

Nadając pierwszeństwo przepisom Ustawy nad regulacją wykonawczą rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych (…), Izba uznała, iż ocena tego stanu faktycznego wymaga uwzględnienia, iż określony w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-h Ustawy zakres skazania osób fizycznych uzupełnia zapis: „***- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego***”. Taki zapis prowadzi do wniosku, iż katalog przestępstw należy traktować, jako wyznaczający obowiązujące ramy dla weryfikacji podmiotów podlegających pod reżim odpowiedzialności karnej regulowany przepisami krajowymi. Oznacza to zatem, że stosowanie Ustawy wymaga uwzględnienia ewentualnych różnic w reżimach poszczególnych państw i oznacza, iż wykluczeniu nie podlega podmiot, co do którego w ogóle nie występuje zbliżona podstawa do skazania na gruncie obowiązujących w danym państwie regulacji ustawowych. Nie można przyjąć argumentu, iż podmiot mógł popełnić przestępstwo objęte normą art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Ustawy na terytorium innego państwa, gdyż dokumenty, jakich złożenia wymagają przepisy rozporządzenia (§ 4) odnoszą się wyłącznie do informacji i zaświadczeń wystawianych w państwie na terytorium, którego podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (w przypadku osób fizycznych).

W podobnym tonie stanowisko prezentowane zostało przez Sąd Okręgowywe Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 r. XI Ga 692/17. Zdaniem Sądu„*Analiza treści powyższego rozporządzenia krajowego jak i rozporządzenia wspólnotowego doprowadziła do wniosku, że oba ustawodawstwa uwzględniły fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na zamawiającego obowiązku badania tych różnic\. Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby bezprzedmiotowym te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego organu o*

niekaralności. W każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy w kraju tym nie wydaje się takich zaświadczeń, istniałby, bowiem obowiązek składania odpowiednich oświadczeń przed właściwym organem. Naturalnym jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw – w zakresie zaświadczeń o niekaralności należałoby zatem nie tylko wysokość kary, jaką zagrożone są poszczególne przestępstwa, ale również dobrze można byłoby dokonywać porównań w zakresie katalogu poszczególnych przestępstw czy znamion każdego z czynów zabronionych (…) oczywistym jest, iż zaświadczenie wydawane przez organ sądowy albo administracyjny państwa obcego (tu Niemiecki, zaświadczenie Führungszeugnis) nigdy nie będzie potwierdzać karalności na podstawie polskich przepisów karnych. W świetle powyżej przytoczonych przepisów należy dojść do wniosku, że nie jest jednak konieczne aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego oraz uzupełniająco stosowne oświadczenie złożone w formie aktu notarialnego. Przyjęcie stanowiska eksponowanego przez skarżących w odwołaniu doprowadziłoby bowiem w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców z elementem zagranicznym, zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, albowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający w zestawieniu z polskim porządkiem prawnym."
Stanowisko to zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.07.2023 r., sygn. akt KIO 1788/23.

Powyższe prowadzi zatem do wniosku, iż złożony podmiotowy środek dowodowy prezentujący dane zawarte w rejestrach karnych Republiki Czeskiej dla spółki Listroj Engeenering a.s., jest dokumentem odpowiednim dla wykazania braku podstaw do wykluczenia i nie ma konieczności jego uzupełnienia dodatkowym oświadczeniem składanym w formie aktu notarialnego, w szczególności na okoliczność braku skazania osób fizycznych za przestępstwa objęte treścią przepisu art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Ustawy.

Stanowisko dotyczące przedmiotowego dokumentu zostało już prezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.02.2018 r., sygn. akt KIO 1745/17 i KIO 1746/17, w którym w odniesieniu do tego samego*Wyciągu* wskazano, iż „wypis z Listy kwalifikowanych dostawców był dokumentem złożonym zgodnie z obowiązującymi przepisami i może być złożony zamiast informacji z Rejestru Karnego Osób Prawnych, dokumenty te należy oceniać jako równorzędne, bowiem ustawodawca wprost wskazał na możliwość doboru przez wykonawcę posłużenia się jednym z nich. Należy tu wskazywać równorzędność tych dokumentów, a nie prymat któregoś z nich. (…) Lista kwalifikowanych dostawców publikowana jest w biuletynie, zgodnie z art. 236 ustawy nr 134/2016 o zlecaniu zamówień publicznych, każdy w dowolnym czasie może pobrać wypis z tej listy. Aktualność danych sprawdzana jest przez Ministerstwo, w momencie kwalifikacji do tej listy jednocześnie podejmowane są działania, aby lista kwalifikowanych dostawców była cały czas aktualna".

Co istotne w tej sprawie, Zamawiający nie wykazał, aby w czeskim porządku prawnym istniała regulacja wprowadzająca odpowiedzialność karną za zbliżone przestępstwo, jak wskazane w art. 108 ust.1 pkt 1 lit f Ustawy Pzp. Również argumentacja Przystępującego prezentowania w piśmie procesowym (pkt 8) wskazuje na błędne wnioski, które prowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że z wpisu zawartego w Krajowym Rejestrze Karnym Osób Fizycznych „Brak informacji o skazaniu niniejszej osoby", należy wnosić, iż brak jest jakiejkolwiek podstawy faktycznej do kwestionowania treści dokumentu, bowiem jednoznacznie z niego wynika, że osoba wskazana w dokumencie nie została w ogóle skazana. Tak samo należy ocenić informacje prezentowane w *Wyciągu*, dla którego bazą jest ten sam Rejestr Karny Osób Fizycznych. W sytuacji gdyż nie zostało wykazane przez Zamawiającego, że w systemie prawnym Republiki Czeskiej występuje przestępstwo zbliżone do tego objętego normą art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f) Ustawy, nie ma podstaw do formułowania tezy, iż mogło dojść do skazania osoby za tego rodzaju czyn na terenie Republiki Czeskiej w dowolnym przedziale czasowym. Również przystępujący zapytany na rozprawie o istnienie w przepisach krajowych państwa siedziby spółki Litostroj przestępstwa, o którym mowa w polskiej Ustawie, wskazał, iż takich analiz nie prowadził. Izba pominęła wnioski i argumenty Przystępującego, które prowadzić mogły do rozszerzenia podstawy odrzucenia w taki sposób, że koniecznym miałoby być nie tylko uzupełnienie oświadczeniem złożonym przed notariuszem o braku skazania za przestępstwo wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f), ale również za wszystkie przestępstwa wymienione w załączniku nr 3 do ustawy czeskiej, za popełnienie których mogło dojść do skazania w okresie wcześniejszym niż pięć lat. Zamawiający tej okoliczności nie wskazał w podstawie odrzucenia odwołania sprowadzając uzasadnienie wyłącznie do braku objęcia treścią *Wykazu* skazania za czyn objęty normą art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f) Ustawy.

Uwzględniając zatem konieczność dokonania oceny dokumentu, którego podstawą jest porządek prawny odbiegający od regulowanych przepisami krajowymi przestępstw, Zamawiający błędnie, w sposób automatyczny, bez uwzględnienia tych różnic uznał dokument prezentujący kompleksową informację o podmiocie, stanowiący oficjalny rejestr, za niewystarczający dla potwierdzenia braku skazania osób za przestępstwo objęte art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f) Ustawy. Przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych nie zmieniają treści przepisu art. 108 ust. 1 pkt 1 Ustawy, w którym jest wskazanie na potrzebę uwzględnienia odmiennej regulacji obowiązującej na terenie innego państwa, w którym wystawiane są dokumenty i prowadzone rejestry. W okolicznościach ustalonych na podstawie przeprowadzonych dowodów nie było podstaw do uznania, iż wykonawca zobowiązany był uzupełnić dokument oświadczeniem złożonym przed notariuszem na okoliczność braku skazania za przestępstwo, co do którego nie może dojść do skazania w związku z brakiem penalizacji zachowania odpowiadającego czynowi objętego normą art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Ustawy.

Powyższe prowadziło do uwzględnienia odwołania i nakazania powtórzenia czynności oceny ofert i przywrócenia do tej oceny oferty Odwołującego.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Odwołującego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……