

•
WYROK

W IMIENIU RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ

_v'j, Dnia 29 sierpnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy'

w składzie :

Przewodniczący - Sędzia SO Jacek Widło (sprawozdawca)

Sędzia SO Beata Błotnik

Sędzia SO Małgorzata Skoczyńska

Protokolant Joanna Werpachowska - Czuchryta
po rozpoznaniu w dniu 29 sierpnia 2013 r. w Lublinie
na rozprawie

sprawy z odwołania Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. (Lider Konsorcjum) Sewilla [Hiszpania], Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e Ingenieria, S.A. Sewilla [Hiszpania], Mitsubishi Heavy Industries Ltd. Tokyo [Japonia]; w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Elektrownię Puławy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach;

z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum SNC -Lavalin Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, SNC -Lavalin Inc. w Montrealu [Kanada], SNC- Lavalin Constructors Inc., Bothell [Stany Zjednoczone],

- na skutek skargi wniesionej przez odwołującego Konsorcjum spółek w składzie Abener Energia, S.A. (Lider Konsorcjum) Sewilla [Hiszpania], Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e Ingenieria, S.A. Sewilla [Hiszpania], Mitsubishi Heavy Industries Ltd. Tokyo [Japonia]

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 466/13)

I. oddala skargę,

II. zasądza od skarżącego Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. (Lider Konsorcjum) Sewilla [Hiszpania], Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e

Ingenieria, S.A. Sewilla [Hiszpania], Mitsubishi Heavy Industries Ltd. Tokyo [Japonia] solidarnie na rzecz Elektrowni Puławy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach kwotę 1217 zł (tysiąc dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

IX Ga 128/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 14 marca 2013 r., (sygn. Akt KIO 466/13), w sprawie ze skargi Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. z siedzibą w Sewilli (Hiszpania), Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e Ingeniería, S.A. z siedzibą w Sewilli (Hiszpania), Mitsubishi Heavy Industries Ltd. z siedzibą w Tokio (Japonia) (zwanych dalej Skarżącym), przy uczestnictwie Elektrowni Puławy spółki z .o.o. oraz pozostałych uczestników postępowania SNC - Lavalin Polska Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) oddaliła skargę.

W uzasadnieniu tego wyroku KIO, stwierdziła, że Elektrownia Puławy Sp. z o.o. w Puławach (dalej Zamawiający) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego na budowę Elektrowni Puławy".

Ostateczny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału został wyznaczony na dzień 22 października 2012 r. Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. w Sewilli (pełnomocnik wykonawców), Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e Ingeniería, S.A. w Sewilli i Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio (zwane dalej odwołującym) wniosło odwołanie dnia 2 marca 2013 r. od czynności wykluczenia go z postępowania.

Czynności Zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania na skutek błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez Odwołującego poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Z ostrożności procesowej naruszenie: 2) art. 26 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji kiedy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów złożonych w Postępowaniu. 3) art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów złożonych przez niego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego przedstawione dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Wskazując zarzuty odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 20 lutego 2013 r. dotyczącej oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu skutkującej wykluczeniem Odwołującego z Postępowania i nakazanie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego.

Odwołujący złożył swój wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu („Wniosek”). W dniu 20 listopada 2012 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 PZP zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie niektórych dokumentów, między innymi: 1.2.1. dokumentu, z którego będzie wynikało, że p. Masafumi Wani był w dniu 27 września 2012 r. uprawniony do samodzielnej reprezentacji jednego z konsorcjantów Odwołującego - Mitsubishi Heavy Industries Ltd. („MHI”); 1.2.2. dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do MHI nie ogłoszono upadłości ani nie otwarto likwidacji; 1.2.3. dokumentu potwierdzającego, że członkowie zarządu MHI nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP (Zamawiający wskazał ogólnie na przestępstwa z art. 24 ust. 1 pkt 5-8 PZP, ale biorąc pod uwagę, że MHI pozostaje osobą prawną - spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa japońskiego - zastosowanie znajdzie art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP); 1.2.4. dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący może dysponować doświadczeniem Mitsubishi Power Systems Europe Ltd. („MPSE”) w zakresie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia wymaganych dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do godz. 12:00 dnia 4 grudnia 2012 r. We wskazanym terminie Odwołujący dokonał uzupełnienia dokumentów. Wśród nich znalazły się między innymi: 1.3.1. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. o braku przyczyn wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 5-8 PZP w stosunku do MHI (str. 215-217 Uzupełnienia; w angielskiej wersji językowej, str. 218-220 w polskiej wersji językowej). Oświadczenie to zostało złożone przez p. Nobuko Hiyoshi - przedstawiciela p. Masafumi Wani, członka zarządu MHI upoważnionego do reprezentacji MHI („Oświadczenie o Niekarałości”); 1.3.2. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do MHI (str. 188-189 Uzupełnienia w angielskiej wersji językowej, str. 190-191 Uzupełnienia w polskiej wersji językowej). Oświadczenie to zostało złożone przez p. Nobuko Hiyoshi - przedstawiciela p. Masafumi Wani, członka zarządu MHI upoważnionego do reprezentacji MHI

(„Oświadczenie o Likwidacji”); 1.3.3. oświadczenie z dnia 28 listopada 2012 r. na podstawie którego MPSE udostępniła spółce Abener Energia S. A. z siedzibą w Sewilli (konsorcjantowi Odwołującego) („Abener”) niezbędne zasoby w postaci wiedzy oraz doświadczenia (str. 237-238 Uzupełnienia w angielskiej wersji językowej, str. 239-240 w polskiej wersji językowej) („Zobowiązanie MPSE”); 1.3.4. wyjaśnienia złożone przez p. Yu Sakai, z których wynika, że p. Masafumi Wani jako członek zarządu MHI jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu MHI (str. 19-21 Uzupełnienia). W dniu 20 lutego 2013 r. Odwołujący został powiadomiony pocztą elektroniczną o wykluczeniu go z Postępowania.

Zamawiający stwierdził we wskazanym piśmie, że dokumenty złożone przez Odwołującego we Wniosku oraz w Uzupełnieniu nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w ogłoszeniu oraz wymagań formalnych określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, póź. 1817) („Rozporządzenie”). W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż: w Uzupełnieniu z dnia 4.12.2013 r. Odwołujący złożył dwa oświadczenia z 28.11.2012 r. podpisane przez p. Masafumi Wani: a/ potwierdzające, że członkowie zarządu Mitsubishi Heavy Industries Ltd., nie zostali prawomocnie skazani za żadne z przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy pzp (s. 215-217 uzupełnienia) b) potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości MHI (s. 188-189 uzupełnienia).

Zdaniem Zamawiającego oświadczenia te nie zostały złożone w formie wymaganej przepisami Rozporządzenia t.j. przed notariuszem. W opinii Zamawiającego, p. Nobuko Hiyoshi potwierdził w obecności notariusza jedynie fakt, że p. Masafumi Wani uznał podpis pod wskazanymi oświadczeniami za własnoręczny. Tym samym, dokumenty te nie zostały sporządzone w formie zgodnej z § 4 ust. 3 Rozporządzenia. Dodatkowo, Oświadczenie o Niekarałości odnosi się, według Zamawiającego, do stanu z dnia 28 listopada 2012 r. a więc nie potwierdza, że Odwołujący spełniał warunek określony w art. 24 ust. 1 pkt 8 PZP w dniu składania Wniosku t.j. w dniu 22 października 2012 r.

Zamawiający uznał także, iż ze złożonych we Wniosku dokumentów rejestrowych nie wynika, że p. Masafumi Wani, który w imieniu MHI udziela pełnomocnictwa p. Petrowi Machejowi (który następnie podpisał ofertę w imieniu Odwołującego) a także składa inne oświadczenia, miał prawo do jednoosobowego reprezentowania MHI. Zamawiający wprawdzie wskazuje, że Odwołujący w Uzupełnieniu złożył wyjaśnienie p. Yu Sakai, z którego wynika że p. Masafumi Wani jako członek zarządu MHI jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu MHI, jednakże Odwołujący nie złożył żadnych dokumentów, z których wynikałoby umocowanie dla p. Yu Sakai.

Oprócz tego Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2012 r. Odwołujący złożył w uzupełnieniu Zobowiązanie Misubishi Power Systems Europe Ltd, jednak wobec faktu, że wskazane oświadczenie zostało podpisane w dniu 28 listopada 2012 r. oznacza to, że w dniu składania Wniosku (22 października 2012 r.) Odwołujący nie dysponował zasobami MitPowSysEeu.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że oświadczenia złożone w obecności notariusza są zgodne z § 4 ust. 3 rozporządzenia o dokumentach. Uznał oświadczenie zawarte na str. 220 uzupełnienia złożone przed notariuszem zgodnie z prawem siedziby notariusza za spełniające wymagane warunki. Złożył do akt memorandum (opracowanie japońskich prawników) dotyczące oświadczeń składanych przez notariusza przez agenta w imieniu mocodawcy i skutków prawnych takiego oświadczenia. Wskazał na treść oświadczeń z 28 listopada 2012 r. złożonych na wezwanie zamawiającego, z których wynika brak podstaw do wykluczenia zarówno w dniu składania pisma jak i w terminie wcześniejszym obejmującym również termin składania wniosków (str. 218). Stwierdził, że również oświadczenie o udostępnieniu zasobów z 28 listopada 2012 r. zawiera stwierdzenie o zapewnieniu zasobów podczas procedury przetargowej oraz w okresie realizacji kontraktu, co oznacza, że obejmuje okres co najmniej od dnia wszczęcia postępowania w tym termin składania wniosków.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumentację zawartą w

pisemnej odpowiedzi. Dodatkowo stwierdził, że nie jest poświadczeniem złożonym przed notariuszem poświadczenie notarialnego podpisu mocodawcy (członka zarządu) przez inną osobę. Oceniając dokumenty złożone w uzupełnieniu stwierdził, że oświadczenie o upadłości jest poprawne co do treści, jako że zawiera wskazanie daty 22 października, tj. terminu składania wniosków, natomiast zakwestionował oświadczenie o braku przyczyn wykluczenia (str. 218), z którego nie wynika, iż dotyczy ono dnia składania wniosków.

Również oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci (str. 240) nie wskazuje, iż dotyczy okresu wcześniejszego niż data jego sporządzenia. Stwierdził, że procedura przetargowa jest nadal w toku i tym samym neguje stanowisko odwołującego, iż udostępnienie dotyczy całego okresu postępowania przetargowego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko zamawiającego. Stwierdził, że z treści dokumentów powinno wprost wynikać spełnienie warunków bez potrzeby domniemania. W ocenie przystępującego oświadczenie o udostępnieniu oraz o braku skazania powinny stanowić przyczynę wykluczenia z postępowania. Zauważył przy tym, że oświadczenie Pana Wani dotyczy wiedzy tego Pana na temat własnych i innych członków zarządu spółki, a zatem nie jest bezwzględne w stosunku do tych osób i opiera się jedynie na wiedzy składającego oświadczenie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści wniosku odwołującego wraz z uzupełnieniem złożonymi przez odwołującego zamawiającemu, zważyła, co następuje.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony z uwagi na brak uprawnień do jednoosobowej reprezentacji członki, konsorcjum, w imieniu którego występuje pan Masafumi Wani, skład orzekający uznaje wniosek za niezasadny. Odwołujący złożył wraz z wnioskiem dokumenty rejestrowe z tłumaczeniem japońskiego rejestru handlowego zawierającego informację, że p Masafumi Wani jest dyrektorem (członkiem zarządu) spółki Mitsubishi Heavy Industries Ltd w Tokio (str. 343 wniosku). Okoliczność ta jest niesporna, natomiast zamawiający poddaje w wątpliwość uprawnienie ww osoby do jednoosobowej reprezentacji. Wykonawca zarówno we wniosku, jak i uzupełnieniu zawarł szereg dokumentów, w których konsekwentnie występuje p. Wani jako dyrektor upoważniony do reprezentacji, bez jakichkolwiek zastrzeżeń, czy ograniczeń co do sposobu reprezentacji. Dodatkowo na rozprawie odwołujący przedstawił wyciąg z umowy spółki, w której stwierdza się, iż każdy dyrektor reprezentujący uprawniony jest do reprezentowania spółki i prowadzi sprawy spółki zgodnie z uchwałami rady dyrektorów. Należy przy tym zauważyć, że również zamawiający potwierdza zasadę japońskiej ustawy o spółkach (Companies Act z 26.07.2005 r.), iż każdy członek zarządu spółki uprawniony jest do samodzielnego reprezentowania. Opatruje to jednak komentarzem, że zasada może doznawać ograniczeń i wskazuje na potencjalną możliwość ograniczenia uprawnienia do reprezentacji. Takiej sugerowanej ewentualności jednakże nie udowadnia. Biorąc pod uwagę, że odwołujący przedstawił dokumenty wskazujące na uprawnienia ww osoby do jednoosobowej reprezentacji, a twierdzenie przeciwnie nie zostało udowodnione, Izba uznała, iż wykonawca wykazał uprawnienie pana Masafumi Wani do jednoosobowego reprezentowania przedmiotowej spółki (konsorcjanta z siedzibą w Tokio). W konsekwencji udzielone przez niego upoważnienie do wniesienia odwołania jest prawnie skuteczne.

Izba uznała również, że odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o uzupełnienie wniosku dysponowanie niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego tj. firmy Misubishi Power Systems Europe Ltd. z siedzibą w Londynie. W oświadczeniu datowanym na dzień 28 listopada 2012 r. spółka zadeklarowała udostępnienie swoich zasobów oraz uczestnictwo realizacji kontraktu w razie wyboru oferty odwołującego. Istotnie z treści tego dokumentu nie wynika wprost, że jest on aktualny także w dacie będącej terminem składania wniosku, lecz zawarto sformułowanie o udostępnieniu zasobów podczas procedury przetargowej oraz w okresie realizacji. Ponadto wystawca stwierdził, że dostarcza referencje potwierdzające doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów celem ich przedłożenia w ramach procedury przetargowej. Oceniając treść powyższego dokumentu skład orzekający stwierdził, że realizacji wystawcy referencji zostały rzeczywiście wykazane we wniosku odwołującego (por. s. 880 - 884), co wskazuje na więź prawną tych podmiotów istniejącą już w dacie składania wniosku, a więc tę oświadczenie z 28 listopada 2012 r. potwierdza.

Odnosnie oświadczeń o niekaralności członków zarządu oraz niepozostawaniu przez spółkę w stanie likwidacji lub upadłości Izba stwierdza, co następuje. W piśmie z 28

fistopada 2012 r. zatytułowanym „Oświadczenie o braku przyczyn wykluczenia” sporządzonym w wyniku wezwania zamawiającego pan Masafumi Wani potwierdził, że „na dzień sporządzenia niniejszego pisma, zgodnie z moją najlepszą wiedzą, żaden z członków Zarządu spółki Mitsubishi Heavy Industries Ltd. nie został prawomocnie skazany za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo Zamówień Publicznych /.../” ze wskazaniem miejsca publikacji ustawy i określeniem przestępstw, które są wskazane w ww przepisach ustawy. Z treści tego oświadczenia, ani jego kontekstu nie wynika, że oświadczenie to dotyczy stanu faktycznego i prawnego na dzień wyznaczony jako termin składania wniosków tj. 22 października 2012 r. Można podzielić pogląd, że data sporządzenia dokumentu nie jest okolicznością przesądzającą przy jego ocenie, niewątpliwie jednak liczy się treść dokumentu, z której musi wynikać potwierdzenie spełniania warunku na wymagany dzień. Wymóg taki wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp i jest potwierdzony także w odniesieniu do dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Izba nie podziela w tym względzie wyводу odwołującego, iż niemożliwa jest sytuacja, że w dniu 22 października 2012 r. któryś z członków zarządu był prawomocnie skazany, a miesiąc później już nie, a rozumowanie takie prowadziłoby do błędu logicznego. Na gruncie obowiązujących przepisów powyższy wywód nie jest pewny, a ponadto prowadzi do próby obejścia prawa. Z punktu widzenia treści oświadczenia omawianym wyżej błędem nie jest obarczone oświadczenie pana Masafumi Wani sporządzone również 28 listopada 2012 r., w którym stwierdzono, że „nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości” oraz że „spółka nie znajdowała się w stanie upadłości w momencie składania wniosku w dniu 22 października 2012 r. W tym bowiem wypadku oświadczenie sporządzone w terminie późniejszym dotyczy i obejmuje swą treścią stan rzeczy na dzień składania wniosków tj. 22.10.2012 r. Natomiast w ocenie składu orzekającego obydwa wyżej omówione dokumenty tj. oświadczenie dotyczące niekaralności oraz oświadczenie w sprawie upadłości i likwidacji nie są dokumentami spełniającymi wymogi § 2 ust. 2 oraz § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Wskazane przepisy wymagają złożenia stosownego oświadczenia przed notariuszem. Złożone przez odwołującego dokumenty nie mają takiego charakteru. Niezależnie od odmienności porządków prawnych polskiego i japońskiego nie można uznać, że złożenie przed notariuszem oświadczenia o własnoręczności podpisu osoby (nieobecnej) stanowi merytoryczne oświadczenie złożone przed notariuszem lub co najmniej w obecności notariusza.

Konsorcjum spółek w składzie: Abener Energia, S.A. z siedzibą w Sewilii (Hiszpania), Teyma Gestión de Contratos de Construcciones e Ingenieria, S.A. z siedzibą w Sewilii (Hiszpania), Mitsubishi Heavy Industries Ltd. z siedzibą w Tokio (Japonia) (zwanych dalej Skarżącym), przy uczestnictwie Elektrowni Puławy spółki z o.o. oraz pozostałych uczestników postępowania SNC - Lavalin Polska wniosło skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r., (sygn. Akt KIO 466/13), mocą którego KIO oddaliła skargę.

Skarżący zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości oraz wniosł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie w całości odwołania

Skarżących z dnia 2 marca 2013 roku od czynności Przeciwnika Skargi z dnia 20 lutego 2013 r. roku w postaci wykluczenia Skarżących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego przez Przeciwnika Skargi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Budowę Elektrowni Puławy”, nr ref. EP. 1/2012 („Postępowanie”);

2. dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w dalszej części niniejszej skargi na okoliczności szczegółowo opisane w uzasadnieniu poniżej;
3. zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżących solidarnie kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem kosztów poniesionych przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, póź. 759, ze zm.) („PZP”) poprzez nieuwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżących pomimo, że Przeciwnik

Skargi naruszył przepisy PZP, co miało istotny wpływ na wynik Postępowania;

2. naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP oraz § 2 ust. 2 i § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, późn. 1817) („Rozporządzenie”) poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Przeciwnik Skargi miał podstawy aby wykluczyć Skarżących z Postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

3. naruszenie przepisów art. 26 ust. 4 PZP oraz art. 192 ust. 7 PZP a contrario poprzez nierozpoznanie zarzutu ewentualnego sformułowanego w odwołaniu wniesionym przez Skarżących a w konsekwencji zaniechanie nakazania Przeciwnikowi Skargi wezwania Skarżących do złożenia wyjaśnień w sytuacji kiedy Przeciwnik Skargi powziął wątpliwości co do treści uzupełnionych przez Skarżących dokumentów złożonych w Postępowaniu;

4. naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 PZP oraz art. 192 ust. 7 PZP a contrario poprzez nierozpoznanie zarzutu ewentualnego sformułowanego w odwołaniu wniesionym przez Skarżących a w konsekwencji zaniechanie nakazania Przeciwnikowi Skargi wezwania Skarżących do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy zdaniem Przeciwnika Skargi

przedstawione dokumenty i oświadczenia nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Przeciwnik skargi w swoim stanowisku wniósł o oddalenie skargi. Wniósł także o ponowne rozstrzygnięcie zarzutów, które KIO uwzględniła w zaskarżonym orzeczeniu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Skarga nie jest zasadna i nie zasługuje na uwzględnienie.

Podniesione przez skarżącego zarzuty, nie pozwalają na uwzględnienie skargi, z tego względu, że skarżący nie spełnił warunków formalnych udziałów w przetargu pomimo, że był wezwany do ich uzupełnienia. Przy czym wbrew twierdzeniom skarżącego zamawiający nie miał kolejnego obowiązku zzywania co do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów uzupełnionych przez pozwanego a złożonych w postępowaniu. Jednokrotne wezwanie było wystarczające i dawało możliwość skarżącemu uzupełnienia braków.

Odnosząc się do poszczególnych podniesionych zarzutów, należy zauważyć, co następuje.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 14 marca 2013 roku, KIO oddaliła odwołanie wniesione przez Skarżących. W świetle przedłożonych w toku postępowania odwoławczego dokumentów, Izba uznała, iż:

- Skarżący wykazali umocowanie p. Masafumi Wani do jednoosobowego reprezentowania MHI;
- Oświadczenie MPSE wskazuje, iż w dniu składania Wniosku (22 października 2012 r.) Skarżący dysponowali zasobami MPSE.

Na wstępie należy zauważyć, że Ponowne badanie tych zarzutów, które izba uwzględniła - o co wniósł przeciwnik skargi było by niezgodne z kierunkiem zaskarżenia i przepisem art. 384 k.p.c. wyrażającego zasadę reformatio in peius. Sąd może orzekać w zakresie zarzutów które były przedmiotem odwołania ale w kierunku zgodnym z kierunkiem skargi. Skarga została oddalona w całości a więc jest to rozstrzygnięcie korzystne dla przeciwnika skargi.

Co do podniesionych zarzutów, należy zauważyć, co następuje.

Niezasadny jest zarzut naruszenia przepisu art. 192 ustawy ust. 2 i 7 Ustawy w związku z art. 26 ust. 3 pzp i ust. 4 pzp przez zaniechanie orzeczenia, co do części zarzutów podniesionych w Odwołaniu. Należy, stwierdzić że Izba oddaliła Odwołanie w całości i

nie nakazała Przeciwnikowi Skargi wezwać Skarżącego do wyjaśnień lub uzupełnień. Wobec tego należy przyjąć, że Izba odniosła się do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 oraz 26 ust. 4 Ustawy, po prostuje oddalając.

Odnosząc się łącznie do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4, należy zauważyć co następuje.

Należy zauważyć, że Zamawiający wzywał do uzupełnienia braków formalnych złożonych dokumentów, jednakże dokumenty te nie zostały prawidłowo uzupełnione. Ponadto, Zamawiający nie miał wątpliwości co do podstaw wykluczenia z przetargu, brak było więc podstaw by dokonywać kolejnych wezwań powtórnie. Należy przychylić się do poglądu, że zasada równości wskazuje na jednokrotne wezwanie do uzupełnienia braków a nie kilkukrotne. Złożone w ich wyniku wyjaśnienia i tak nie doprowadziłyby do odmiennej oceny istniejących braków formalnych. Samo wyjaśnienie prawa obcego japońskiego nie doprowadziłyby do sanowania braków formalnych, która istota sprowadzała się do tego, że nie złożono oświadczenia woli przed notariuszem ale dokonano poświadczenia podpisu notarialnie za pośrednictwem pełnomocnika. W konkluzji nawet bowiem wezwanie i uzupełnienie braków co do treści prawa obcego - japońskiego prawa o notariacie nie zmieniło by ostatecznie rozstrzygnięcia prowadzącego do wykluczenia z przetargu gdyż złożone oświadczenia nie nastąpiły przed notariuszem.

Należy uznać brak naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

Postępowanie odwoławcze dało podstawy do sformułowania wniosku, że dokumenty i oświadczenia, których dotyczy Skarga, zawierają braki i uchybienia, których nie dały się wyjaśnić w trybie przewidzianym przez art. 26 ust. 4 Ustawy. W szczególności do takich wniosków doprowadziło postępowanie przed Sądem odwoławczym w przedmiocie treści i skutków japońskiej ustawy o notariacie, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia w przypadku wątpliwości dotyczących złożonych dokumentów (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 570/12), których to wątpliwości przeciwnik Skargi nie powziął, co do treści tych dokumentów i oświadczeń, lecz stwierdził, że wynika z nich, że Skarżący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jedynie przedłożenie nowych, niewadliwych dokumentów mogłoby ten stan zmienić. Samo zaś wyjaśnienie nie może konwalidować dostrzeżonych uchybień. Wyjaśnienie w tym wypadku nie konwalidowałoby uchybienia w postaci niezłożenia oświadczenia przed notariuszem. KIO jak i sądy powszechne zgodnie prezentują stanowisko, że zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia konkretnego dokumentu wyłącznie jednokrotnie. Wezwanie o uzupełnienie wadliwych dokumentów zostało skierowane do Skarżącego w dniu 20 listopada 2012 r. Zatem wyjaśnienie, które zostałoby złożone w niniejszej sprawie na żądanie Przeciwnika Skargi nie zmieniłoby sytuacji Skarżącego, bowiem w sprawie o czym dalej wyjaśniono, że istniała możliwość złożenia oświadczeń i dokumentów zgodnie z prawem japońskim - w postaci oświadczenia woli złożonego przed notariuszem.

Jednokrotne wezwanie Wykonawcy wypełniło hipotezę art. 26 ust. 3 pzp.

Należy uznać Zaniechanie wezwania do uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy za zarzut niezasadny -sformułowany jako ewentualny w skardze.

Co do naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP oraz § 2 ust. 2 i § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, póź. 1817, zwanego dalej rozporządzeniem) poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Przeciwnik Skargi miał podstawy aby wykluczyć Skarżących z Postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu; należy zważyć, co następuje.

W sprawie osią sporu były dwie okoliczności, po pierwsze, kwestia formy i zachowania wymogu złożenia oświadczenia przed notariuszem, po drugie kwestia wypełnienia wymogu złożenia oświadczenia woli o niekaralności na datę 22 października 2012 roku a nie datę uzupełnienia braków to jest 28 listopada 2013 roku., Nota bene oświadczenia o nie karalności także dotyczył problem zachowania właściwej formy i złożenia go przed notariuszem.

Co do pierwszej kwestii, należy zauważyć, że Zamawiający wezwał do złożenia dokumentów - w formie zgodne z przepisami wzmiankowanego rozporządzenia z 2009 r. Wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości dotyczyło treści japońskiej ustawy prawo o notariacie z 1908 roku. Ewentualne wątpliwości mogły dotyczyć różnic w systemach prawnych prawa polskiego i prawa japońskiego, w zakresie wykładni (kwalifikacji) prawnej pojęcia „oświadczenie złożone przed notariuszem” w rozumieniu prawa polskiego i prawa japońskiego jako miejsca złożenia oświadczenia woli.

W sprawie nie budziło najmniejszej wątpliwości, że w rozumieniu prawa polskiego oświadczenie woli nie zostało złożone przed notariuszem w rozumieniu prawa polskiego ale nastąpiło wyłącznie za pośrednictwem przedstawiciela (pełnomocnika) - poświadczenie notarialne podpisu na dokumencie. Jest więc to inna czynność notarialna niż złożenie oświadczenia woli przed notariuszem. Samo poświadczenie podpisu nie oznacza złożenia oświadczenia woli ani tym bardziej, że zostało ono dokonane bezpośrednio przez notariuszem.

W związku z podniesionymi zarzutami skargi, należało rozważyć, czy zastosowanie prawa miejsca dokonania czynności (art. 25 prawa prywatnego międzynarodowego z 2011 roku), nie miało wpływu na zachowanie wymogów formalnych złożonej oferty.

Rzecz się sprowadzała do tego czy nie należy uwzględnić zarzutu skarżącego, o zachowaniu formalności w postaci złożenia oświadczenia przed notariuszem, w sytuacji gdy prawo japońskie o notariacie nie przewiduje takiej możliwości złożenia oświadczenia przed notariuszem albo, że istnieją czynności notarialne, których znaczenie dopiero należy zaadaptować dla potrzeb prawa polskiego i potraktować je jako odpowiedniki polskich czynności notarialnych - w postaci złożenia oświadczenia woli przed notariuszem. Ewentualnie jeżeli - prawo japońskie - przewiduje fikcję prawną możliwości złożenia oświadczenia woli przed notariuszem. Różnica w systemach prawnych państw i dokonanie czynności pod względem formy zgodnie z prawem państwa miejsca dokonania czynności albowiem - polskie rozporządzenie wyraźnie wskazuje na odesłanie do systemu prawnego miejsca siedziby składającego oświadczenia woli - jako prawa właściwego dla formy składanego oświadczenia woli - nie powinno powodować z tego tytułu negatywnych skutków prawnych dla dokonującego takiej czynności zgodnie prawem państwa miejsca jej dokonania. W danym państwie może nie istnieć także system notariatu łacińskiego jak ma to miejsce w prawie polskim. Zabieg taki w teorii prawa prywatnego międzynarodowego nosi nazwę dostosowania (M. Pazdan, Prawo prywatnem międzynarodowe, Warszawa 2012).

Zabieg uzgodnienia czynności prawnych może polegać na zastosowaniu bardzo liberalnej teorii transpozycji polegającej na uznaniu skutków prawnych czynności prawnej dokonanej zgodnie z obcym normami prawnymi na gruncie prawa polskiego (swoista adaptacja czynności prawnej).

M. Roth wskazuje na to, że doktryna transpozycji polega na zintegrowaniu prawa powstałego pod rządami jednego statutu - z odpowiednikiem tego prawa na gruncie innego statutu (systemu prawnego). Doktryna ta została stworzona na tle poglądów Instytutu Maxa

Planca - prawa porównawczego w Hamburgu, (tak na tle doktryny niemieckiej U. Drobing, H. Kronke, Die Anerkennung ausländischer Mobiliarsicherungsrechte nach deutschem internationalen Privatrecht [w] Max - Planck institut (Hrsg.), Deutche zivil-, kollisions - und wirtschaftsrechtliche Beitrage zum X. Internationalen Kongref) fur Rechtsvergleichung in Budapest 1978, 1978, s. 91, M. Roth, International -privatrechtliche..., s.35).

Dotyczy to możliwości zastosowania doktryny transpozycji i przeniesienia skutków czynności prawnej dokonanej w Japonii na grunt prawa polskiego, jeżeli prawo japońskie nie przewidywałoby możliwości złożenia oświadczenia woli przed notariuszem, to zgodnie z tą doktryną należałoby uznać za ekwiwalentną czynność prawną najbardziej (najbliżej) jej odpowiadającą a dokonaną zgodnie z przepisami prawa miejsca dokonania czynności prawnej (statut formy *lex rei sitae* art. 25 zdanie drugie ppm).

Po wszechstronnej analizie prawa polskiego i japońskiego prawa o notariacie, japońskich analiz prawnych - w szczególności kancelarii Kojoma i piśmiennictwa oraz komentarzy i opracowań japońskich, dokumenty k. 830 i n.- należy zauważyć, co następuje.

W odniesieniu do prawa polskiego, należy zauważyć, co następuje.

W sprawie wątpliwości budziło wykluczenie wykonawcy z powodu niespełnienia warunków formalnych dokumentów, jakie winny być złożone.

Mające w sprawie zastosowanie - zgodnie z regułami intertemporalnymi - Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817) w par. 4 ust. 3 wskazuje, że jeżeli w kraju w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę nie wydaje się dokumentów, o których mowa w par. 1 zastępuje je oświadczenie złożone przed notariuszem - państwa siedziby lub miejsca zamieszkania osoby zamawiającego. Rozporządzenie to obowiązuje do rozstrzyganego stanu faktycznego oraz zgodnie z przedmiotowym zakresem jego regulacji określa formę dokumentów jakie mają być złożone, także jeżeli dokument pochodzi z kraju innego niż Polska.

Oznacza to, że co do zachowania formy takiego oświadczenia rozporządzenie odsyła do państwa miejsca sporządzenia czynności prawnej.

Zgodnie z art. 640 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie o prostym przyjęciu spadku lub z dobrodziejstwem inwentarza albo o odrzuceniu spadku może być złożone przed notariuszem lub w sądzie rejonowym, w którego okręgu znajduje się miejsce zamieszkania lub pobytu składającego oświadczenie. Notariusz lub sąd prześle niezwłocznie oświadczenie, wraz z załącznikami, do sądu spadku.

Sąd Najwyższy (o czym w dalszej części) a także brzmienie przepisów wskazuje, że zwrot językowy przed notariuszem oznacza formę aktu notarialnego.

Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zachowano formy aktu notarialnego.

Jednocześnie należy zauważyć, że nie należy wymagać na tle wzmiankowanego rozporządzenia i ustawy - prawo zamówień publicznych, by złożone oświadczenie miało formę aktu notarialnego, byle by było złożone przed notariuszem.

Potwierdza to stanowisko zawarte w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 maja 2012 r., KIO 873/12; KIO 884/12; KIO 885/12; KIO 886/12.

W przypadku oświadczeń składanych przed notariuszem, w odróżnieniu od polskich wymogów, składanie oświadczeń przed notariuszem poza granicami RP nie musi przybrać formy aktu notarialnego (wystarczające jest w tym zakresie dochowanie formy obowiązującej w państwie, w którym oświadczenie to jest składane), o tyle w ocenie składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, zwrot "oświadczenie złożone przed notariuszem" oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną (por.

w tym zakresie orzeczenie KIO z 27 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2660/10).

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 "(...) złożenie oświadczenia "przed notariuszem" oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności (...). Jak stwierdził słusznie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tego orzeczenia „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”.

Oznacza to, że zwrot przed notariuszem, wymaga po pierwsze, złożenia oświadczenia woli bezpośrednio przed notariuszem, po drugie wymaga zapoznania się notariusza z oświadczeniem woli.

Przekładając rozważania na grunt niniejszej sprawy - należy zbadać w związku z faktem, że niewątpliwie oświadczenie woli nie miało charakteru złożonego bezpośrednio przed

notariuszem - czy w prawie japońskim występuje ekwiwalentna (i niekoniecznie identyczna czynność prawna) -umożliwiająca odebranie oświadczenia woli bezpośrednio przed notariuszem, a nie będąca zwykłym potwierdzeniem podpisu, co pozwalałoby na zastosowanie zabiegu dostosowania czynności prawnej przed notariuszem japońskim do potrzeb i wymagań prawa polskiego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy czynność przed notariuszem - nie może niewątpliwie oznaczać zwykłego poświadczenia podpisu.

Sam fakt, że notariusz zapozna się z oświadczeniem woli nie jest wystarczające, gdyż oprócz tej przesłanki musi wystąpić druga, to jest złożenie oświadczenia woli w jego obecności.

W odniesieniu natomiast do prawa japońskiego, należy zauważyć, co następuje.

Dokonana czynność miała charakter poświadczenia podpisu, przeniesionego przez pełnomocnika przed notariuszem, co odpowiada polskiej czynności notarialnej poświadczenia podpisu.

Analizowana czynność została dokonana, co niesporne w trybie art. 58 japońskiego prawa o notariacie (ustawa z 1908 roku). Natomiast czynność ta nie miała po pierwsze, miejsca przed notariuszem, a po drugie nie polegała na złożeniu oświadczenia woli przed notariuszem ale na poświadczeniu podpisu składającego podpis za pośrednictwem nota bene pełnomocnika.

Prawo japońskie pozwala na zarówno złożenie oświadczenia woli przed notariuszem jak i poświadczenia podpisu przed notariuszem (analiza Kojoma, k 831, art. 58 jap. Prawa o not.).

Poświadczenie podpisu może odbyć się za pośrednictwem pełnomocnika, zgodnie z art. 58 japońskiego prawa o notariacie, i nie wiąże się z nim powstanie odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, co ma znaczenie z punktu widzenia prawa polskiego i sformalizowanego oświadczenia przed notariuszem. Artykuł 58 polega na nadaniu mocy prawnej dokumentu przez uwierzytelnienie podpisu (czynność Jinin Ninsho, analiza Kojoma k. 831), przy czym poświadczenie podpisu przez agenta nazywa się Dari Ninsho. Przepis ten nie ma ograniczeń restrykcyjnych (tak analiza Kojoma, k. 830-831, Komentarz Opracowanie adwokatów Tokajskich, Tokio 1. 10. 199, k. 837, k. 840 i n).

Poświadczenie podpisu odbywa się w trybie art. 58 japońskiego prawa o notariacie, nie wymaga osobistej obecności zainteresowanego, a czynność może być dokonana przez pełnomocnika w braku jednoczesnej obecności składającego podpis i notariusza.(tak wyraźnie analiza Kojoma, k. 830-831, Komentarz Opracowanie adwokatów Tokajskich, Tokio 1. 10. 199, k. 837, k. 840 i n).

Natomiast złożenie oświadczenia woli następuje wyłącznie osobiście przed notariuszem zgodnie z art. 58 ust. 2 japońskiego prawa o notariacie, czynność ta nie może być dokonana przez pełnomocnika (w art. 58 ust 2 ust. 3 wyraźnie wyłączono taką możliwość, tłumaczenie art. 58 §2 k. 747), a związku ze złożonym oświadczeniem powstaje odpowiedzialność karna składającego. Czynność ta nazywa się Sensei Ninsho. Polega ona na złożeniu osobiście przed notariuszem oświadczenia, że treść dokumentu sporządzonego przez osobę fizyczną jest prawdziwa i jednocześnie potwierdza prawdziwość podpisu (tak analiza Kojoma, k. 830-831, Komentarz Opracowanie adwokatów Tokajskich, Tokio 1. 10. 199, k. 836, 837, k. 840 i nj

Oznacza to że w przedmiotowej sprawie po pierwsze, dokonano wyłącznie poświadczenia podpisu składającego w rozumieniu japońskiego i polskiego prawa o notariacie, w trybie art. 58 (§1) a nie art. 58 par 2 japońskiego prawa notariacie. Po drugie, dokonano tego za pośrednictwem pełnomocnika a nie bezpośrednio przed notariuszem, po trzecie istnieje możliwość złożenia oświadczenia woli przed notariuszem (w trybie art. 58 par 2 japońskiej ustawy o notariacie), czego nie dokonano, bowiem jest to możliwe wyłącznie osobiście a nie przez pełnomocnika.

W konkluzji japońskie prawo o notariacie pozwala na złożenie oświadczenia woli przed notariuszem, co pozwala na zachowanie solennej formy takiego oświadczenia w rozumieniu prawa polskiego. Wymogu tego nie dochowano, bowiem dokonano tylko poświadczenia

podpisu i to nie bezpośrednio przez składającego przed notariuszem ale za pośrednictwem pełnomocnika -bez obecności oświadczającego przed notariuszem. Oznacza to, że nie wypełniono właściwie wymogu złożenia oświadczenia woli przed notariuszem, chociaż było to możliwe w siedzibie państwa wykonawcy i prawidłowo wykluczono oferenta z postępowania.

W konkluzji - tej części rozważań - należy przyjąć, że oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Ustawy pzp w stosunku do Mitsubishi Heavy Industries Ltd., zwany dalej „MHI” złożone w dniu 28 listopada 2012 r. przez p. Masafumi Wani, zwane dalej „Oświadczeniem o Niekarałości”, a także oświadczenie potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości w stosunku do MHI złożone w dniu 28 listopada 2012 r. przez p. Masafumi Wani, zwane dalej „Oświadczeniem o Likwidacji” są złożone w formie niezgodnej z wymogami i Rozporządzenia, tj. nie zostały złożone przed notariuszem.

Z tego tylko powodu skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do kwestii złożenia oświadczenia o niekarałości według stanu na niewłaściwą datę to jest 28 listopada 2012 r., zamiast 22 października 2012, należy zauważyć, co następuje.

Oświadczenie to nie zostało złożone we właściwej formie i przed notariuszem, dlatego nie można uznać uzupełnienia tego braku formalnego w sposób właściwy.

Natomiast należy przyznać racje skarżącemu, że fakt złożenia oświadczenia o niekarałości na stan według daty 28 listopada 2012 roku nie dyskwalifikuje go, i nie mogło by być to samo w sobie podstawą do wykluczenia jego oferty.

Albowiem złożenie na dzień 28 listopada 2012 roku oświadczenia o niekarałości oznacza także, że obejmuje on swoim zakresem dzień 22 października 2012r. Oś i liniowość czasu, oznacza, że stan niekarałości na datę późniejszą - w bezpośrednim następstwie czasowym - oznacza ten stan także w okresach bezpośrednio poprzedzających. Należy uznać, że oświadczenie o niekarałości złożone na datę późniejszą - w perspektywie dwóch miesięcy - obejmuje także stan z dnia 22 października 2012 roku. Uprawnia do tego redukcja logiki prawniczej „z większego na mniejsze”. Ponadto należy zauważyć, że kwestia karałości jest instytucją prawa osobowego, której ocena powinna być oderwana od kontekstu konkretnego systemu prawnego (polskiego czy też japońskiego). Chodzi tu o ustalenie, czy dany podmiot nie był karany a nie w ramach którego porządku prawnego -krajowego to się dokonało - albo też nie miało miejsca.

Ten kierunek rozumowania potwierdza stanowisko zawarte w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 roku, I ACa 357/10, który stwierdził, że

„wykładnia celowościowa przepisu art.26 ust. 3 p.z.p. prowadzi do wniosku, że informacja z KRK dotycząca podmiotu zbiorowego zaświadcza stan faktyczny na dzień jej udzielenia, poświadcza również, ten stan na wcześniejszy dzień w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 p.z.p jest wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Skoro ustawodawca zakłada możliwość wezwania o uzupełnienie braków wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, między innymi braku dotyczącego niezłożenia omawianego zaświadczenia, to - wobec faktu, że zaświadczenie dokumentuje stan faktyczny na dzień jego wydania - należy przyjąć, że jego złożenie na skutek wezwania zmawiającego po dniu, w którym upłynął termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi prawidłowe uzupełnienie braków wniosku. Skądinąd skoro z wydanego w niniejszej sprawie zaświadczenia wynika, że powódka nie figurowała w kartotece podmiotów zbiorowych KRK na dzień 22 maja 2009 r., to tym bardziej nie figurowała w nim na dzień 12 maja 2009 r. (dzień otwarcia ofert)”.

Należy na marginesie dodać, że fakt karałości jest elementem prawa osobowego, i fakt karałości nie należy odnosić do konkretnego państwa (Polska, Japonia), ale karałości danego podmiotu w ogóle. Chodzi o brak karałości podmiotu a nie karałości na terytorium określonego państwa. Dlatego takie oświadczenie obrazuje najlepiej atrybut wiarygodności a nie zaświadczenia z poszczególnych państw przy udziale międzynarodowego konsorcjum, i nie ma powodu aby go nie obdarzyć atrybutem wiarygodności ze względu na datę złożenia (późniejszą).

Na koniec należy zauważyć, co do zarzutów nowych zgłoszonych w piśmie procesowym skarżącego z dnia 26 sierpnia 2013 roku, dotyczącym zarzutu akceptacji złożonych dotychczas oświadczeń przed notariuszem, - pomimo, że nie spełniają one wymogu „oświadczenia złożonego przed notariuszem”, to zgodnie z art. 198f ust 4 ustawy prawo zamówień publicznych, Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Orzeczenie o kosztach uzasadnione jest zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 198 a ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Na koszty te składa się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika w kwocie 1200 złotych przy założeniu, że wysokość wynagrodzenia przysługuje w wysokości pełnej określonej przez §10 ust.1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U nr 163, poz. 1349 ze zm.) - jako w sprawie o uchylenie wyroku sądu polubownego i 17 złotych opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w postępowaniu odwoławczym

Z tych powodów orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 385 k.p.c. i art. 198 f ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych.