

Sygn. akt **XXIII Zs 60/23**

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 września 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień
Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	SSO Aneta Łazarska
Sędziowie:	SO Monika Skalska SO Anna Żuława
Protokolant:	sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 15 września 2023 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego (...) spółki akcyjnej w L.

przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w W.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1257/23

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 i oddala odwołanie,

II. ustala, że koszty postępowania skargowego ponosi w całości (...)

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. pozostawiając ich wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie
Okręgowym w Warszawie.

Monika Skalska Aneta Łazarska Anna Żuława

Sygn. akt XXIII Zs 60/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - (...) S.A. Oddział B. z siedzibą w B. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem pn. „Zakup i wdrożenie Systemów Zasilania podstawowego i awaryjnego na potrzeby budowy sieci (...)”. W dniu 4 maja 2023 r. wykonawca (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

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

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

W oparciu o przedstawione zarzuty wykonawca wnosił o nakazanie Zamawiającemu, aby:

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

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

Wyrokiem z 22 maja 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2023 r. przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w postępowaniu prowadzonym przez (...) S.A. Oddział B. z siedzibą w B. przy udziale (...) sp., z o.o. z siedzibą w W. , uwzględniła odwołanie i w pkt 1 nakazała Zamawiającemu: unieważnienie informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu z dnia 24 kwietnia 2023 r., odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy (...) sp., z o.o. z siedzibą w W. jako złożonego przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Krajowa Iza Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z informacją o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 24 kwietnia 2023 r. wykonawca (...) złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który nie podlega odrzuceniu, i w związku z tym zostanie zaproszony do kolejnego etapu postępowania.

W Opisie Potrzeb i Wymagań, w pkt 12 (WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA) Zamawiający wskazał, że: „12.2. W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) - 6) Ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 108 ust 1 pkt 1) lit. h) oraz ust 2 Ustawy PZP oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 1), 4), 7-10) Ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 Ustawy PZP.”

Zamawiający zaznaczył też, że: „12.9. Ocena spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz ocena braku podstaw wykluczenia z udziału w Postępowaniu zostanie dokonana według formuły „spełnia - nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wymaganych przez Zamawiającego i określonych w pkt 14.6. Opisu potrzeb i wymagań.

W pkt 14 Opisu Potrzeb i Wymagań (WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA) Zamawiający uregulował, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w pkt 12.2. Opisu potrzeb i wymagań: 14.6.1.1.informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, f komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, przedmiotowe dokumenty składa osobno każdy Wykonawca. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z podmiotów udostępniających zasoby na warunkach określonych w art. 118 ust.1 Ustawy PZP, przedmiotowe dokumenty składa każdy z tych podmiotów. 14.6.1.2. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o Zamówienie publiczne tytułem środka karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie Zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, przedmiotowe dokumenty składa osobno każdy Wykonawca. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z podmiotów udostępniających zasoby na warunkach określonych w art. 118 ust 1 Ustawy PZP, przedmiotowe dokumenty składa każdy z tych podmiotów. 14.6.9. Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa:14.6.9.1. w pkt 14.6.1.1 - 14.6.1.2. Opisu potrzeb i wymagań - składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 lit. h) i ust. 4 Ustawy PZP;

14.8. Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust 14.6.9, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust 1 pkt 1) Ustawy PZP, zastępuje się je w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Przepis pkt 14.7. OPWstosuje się: 14.10.

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

Wykonawca (...) w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia, określonego w pkt 2.1.1. i 2.2.1. Załącznika nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań - Warunki udziału w postępowaniu, powołał się w całości i wyłącznie na zasoby udostępnione mu przez (...) A/S z siedzibą w K. w D. Wykonawca (...) nie posiada bowiem własnego doświadczenia spełniającego ww. warunek udziału. W takim wypadku, odpowiednio do postanowień Opisu Potrzeb i Wymagań przytoczonych powyżej, wykonawca (...) powinien złożyć wraz z wnioskiem komplet dokumentów dla (...)A/S, potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt 12.2. Opisu Potrzeb i Wymagań.

Wykonawca (...) nie załączył do swojego wniosku wymaganego kompletu dokumentów dla (...)A/S, za wyjątkiem odpisu z właściwego rejestru, będącego odpowiednikiem informacji z Krajowego Rejestru Sądowego. Zamawiający zauważył powyższy brak wymaganych dokumentów i pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. wezwał wykonawcę (...) do uzupełnienia: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust 1 pkt 1 i 2, z zastrzeżeniem art. 393 ust 4 Ustawy PZP (dotyczy: osób fizycznych, członków zarządu, członków rad nadzorczych, prokurentów, wspólników spółek jawnych i partnerskich, komplementariuszy w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej), wystawionej nie

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

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca (...)w dniu 6 lutego 2023 r. złożył następujące dokumenty i oświadczenia: a)w odpowiedzi na pkt I. 1. 1) wezwania (dotyczący informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art 108 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp): Załącznik 1a - (...) - Informacja z (...) z rejestru handlowego prowadzonego przez (...) urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym; Załącznik 1c - (...) - Informacja z (...) z rejestru handlowego prowadzonego przez (...) urząd ds. biznesu, opatrzona podpisem elektronicznym R. S.; Załącznik 1b - (...) - tłumaczenie na język polski - Tłumaczenie informacji z (...) z rejestru handlowego prowadzonego przez (...) urząd ds. biznesu, opatrzona podpisem elektronicznym R. S.; w odpowiedzi na pkt i. 1. 2) wezwania (dotyczący informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp): Załącznik 2 - Oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne złożone przez notariuszem z dnia 01 lutego 2023r. (...) - Informacja z (...) z rejestru handlowego prowadzonego przez (...) urząd ds. biznesu, opatrzona urzędowym podpisem elektronicznym, Odwołujący wskazuje, że dotyczy ona różnych okoliczności w zakresie (...) A/S, natomiast jej fragment odnoszący się do braku karalności członków zarządu, członków rady nadzorczej i prokurentów brzmi następująco:

„ Jako właściwe organy zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego 2014/24/UE i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, E. (...) Urząd ds. Biznesu), S. (Sąd Upadłościowy), P. (...) Policja Krajowa), (...) (...) Fundusz Emerytalny Rynku Pracy) oraz S. (...) Administracja (...) i (...) niniejszym oświadczają i poświadczają, co następuje w odniesieniu do (...)A/S zgodnie z wyżej wymienionymi dyrektywami Rady 2014/24/WE: że spółka i/lub jeden lub więcej członków zarządu i/lub przedstawicieli zarządu, rady wykonawczej lub rady nadzorczej spółki nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem ani nie przyjęli grzywny za jeden lub więcej czynów lub wykroczeń objętych art. 135 ust 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych.

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

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

1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych stanowi bowiem, że:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zakres przestępstw, po których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, nie jest tożsamy z wymienionym powyżej, lecz szerszy. Obejmuje także podstawy wykluczenia, które nie stanowią wdrożenia art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, lecz są wyłącznie krajowymi podstawami wykluczenia, tj. prawomocne skazanie za przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów i przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g) i pkt 2 ustawy Pzp), czyli za przestępstwa, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów) i przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego.

Wykonawca (...) sp., z o.o. z siedzibą w W. uzupełnił Załącznik 2 - Oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne złożone przez notariuszem z dnia 01 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku wyjaśniła, iż (...) sp. z o.o. w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenia, określonego w pkt 2.1.1. i 2.2.1. Załącznika nr 11 do Opisu Potrzeb i Wymagań - Warunki udziału w postępowaniu, powołał się na zasoby udostępnione mu przez (...) A/S z siedzibą w K. w D., natomiast stosownie do postanowień, o których mowa w pkt 12.2. Opisu Potrzeb i Wymagań: „W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) -

6) Ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. h) oraz ust. 2 Ustawy PZP oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 7-10) Ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 Ustawy PZP”. Zamawiający pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. z dowodu w postaci zaświadczenia urzędowego wydanego dla (...) A/S przez Główny Urząd ds. Przedsiębiorstw z dnia 6 lutego 2023 r. przedstawiony przez Odwołującego wynika: „(...)że spółka ani/lub jeden lub więcej członków jej kierownictwa ani/lub przedstawiciele zarządu, rady wykonawczej lub rady nadzorczej nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem, ani nie przyjęli grzywny, za jeden lub więcej czynów lub wykroczeń, o których mowa w art. 135 ust 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych. Konfrontując powyższe dokumenty, różniące się nieznacznie tłumaczeniem, izba doszła do przekonania, że nie mamy do czynienia z dwoma faktami, tak jak twierdzi Zamawiający.

Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, że oświadczenie organu w pierwszej jego części ma szerszy zakres i dotyczy skazania za jakiegokolwiek czyny lub przestępstwa. W ocenie Izby, niezależnie czy mowa o certyfikacie ServiceAttest złożonym przez Przystępującego, czy też o zaświadczeniu urzędowym złożonym przez Odwołującego odnoszą się one wyłącznie do czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych.

W ocenie Izby Przystępujący nie złożył odpowiedniego zaświadczenia w stosunku do członków zarządu, członków rady nadzorczej czy prokurentów podmiotu udostępniającego zasoby, tj. (...)w formie i na zasadach określonych

w Opisie Potrzeb i Wymagań (zawierający zakres zamówienia oraz wymagania formalne i proceduralne dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia). Natomiast na podstawie dowodu wniesionego przez Odwołującego w postaci zaświadczenia o niekaralności z dnia 10 maja 2023 r. wynika, że mogą być wydawane zaświadczenia o niekaralności przez Krajowego Komisarza Policji w stosunku do osób fizycznych w D.: Izba zgodziła się z odwołującym, że katalog czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust. 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych jest węższy niż katalog przestępstw określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

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

Odnosnie natomiast zarzutu co do „oświadczenia złożonego przed notariuszem” Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę (...)A/S (tj. podmiotu udostępniającego zasoby), który to ma siedzibę w K. w D., lecz zostało podpisane przed polskim notariuszem, tj. zastępcą notarialnym K. W., zastępcą K. N. w W., prowadzącego Kancelarię Notarialną w W.. Nadto co do formy złożonego oświadczenia, Izba zważyła, że przybrało ono formę z podpisem notarialnie poświadczonym, a nie formę aktu notarialnego, co zdaniem Izby jest formą niewystarczającą, aby uznać, że oświadczenie o braku wydania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne zostało złożone przed notariuszem, zgodnie z wymogami rozporządzenia.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się przystępujący do postępowania odwoławczego (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i wniósł skargę, zaskarżając wyrok w części w zakresie pkt 1. Wyrokowi zarzucił naruszenie

I. naruszenie przepisów prawa procesowego:

a) art. 542 ust. 1 p.z.p. poprzez nieprawidłową ocenę następujących dowodów: Certyfikatu S. z 6 lutego 2023 r. złożonego przez (...) dla podmiotu trzeciego (...) A/S („(...)”); Opinii kancelarii prawnej (...)Firm na temat certyfikatu S. (...)z 6 lutego 2023

r., złożonej przez (...) na rozprawie; Wydruku ze strony (...) rejestru ds. biznesu w zakresie treści oświadczenia złożonego w celu uzyskania certyfikatu S. przez członków organów (...), złożonego przez (...) na rozprawie; Memorandum w przedmiocie przesłanek wykluczenia zawartych w (...) prawie zamówień publicznych, złożonego przez (...) sp. z o.o. (...) na rozprawie; Tabeli mającej stanowić porównanie zakresu przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g ustawy p.z.p. z zakresem przestępstw wskazanych w art. 135 ust. 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych, co doprowadziło do błędnych ustaleń faktycznych, polegających na tym, że certyfikat S. (...) z 6 lutego 2023 r. nie potwierdza braku skazania członków organów(...) za czyny zabronione prawa (...) odpowiednie do czynów zabronionych prawa polskiego wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ;

b) art. 559 ust. 2 p.z.p. poprzez sporządzenie uzasadnienia Wyroku w sposób nieprawidłowy z powodu braku zajęcia przez Izbę stanowiska wobec argumentacji zawartej w piśmie (...)

II. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a) § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 381 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na bezzasadnym uznaniu, że certyfikat S. (...)z 6 lutego 2023 r. nie stanowi informacji z odpowiedniego (...) rejestru potwierdzającej brak skazania członków organów (...)za czyny zabronione określone w przepisach prawa (...), odpowiednie do opisanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p.,

b) art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na niezasadnym przyjęciu, że przepis ten zawiera szerszy katalog przestępstw względem zawartego w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej

c) § 4 ust. 3 Rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 381 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na bezzasadnym uznaniu, że oświadczenie złożone 3 lutego 2023 r. przed notariuszem przez p. R. S. (2) w imieniu (...) nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę tego podmiotu,

d) § 4 ust. 3 rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 381 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na bezzasadnym uznaniu, że oświadczenie złożone 3 lutego 2023 r. przed notariuszem przez p. R. S. (2) w imieniu (...) w formie z podpisem notarialnie poświadczonym zostało złożone w nieprawidłowej formie,

Powołując się na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o uwzględnienie Skargi i zmianę zaskarżonego Wyroku w zakresie jego pkt 1. poprzez oddalenie odwołania w całości; zasądzenie od Przeciwnika Skargi - (...) sp. z o.o. na rzecz Skarżącego - (...) sp. z o.o. kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, a także przeprowadzenie rozprawy.

W odpowiedzi na skargę Przeciwnik skargi (...) Spółka z o.o. z siedzibą w W. wniósł o oddalenie Skargi w całości ze względu na fakt, że pozostaje ona bezzasadna oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie i prowadziła do zmiany orzeczenia w zakresie pkt 1 i oddalenia odwołania. Sąd Okręgowy podziela wszakże ustalenia faktycznie Krajowej Izby Odwoławczej, niemniej nie zgadza się z oceną prawną. Skarżący zarzuca, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła brak tożsamości katalogu przestępstw z art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i katalogu zawartego w art. 57 ust.1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 2014.03.28), w rezultacie błędnie oceniła, że zaświadczenie S. nie jest wystarczające dla potwierdzenia braku zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, którego implementację w polskim porządku prawnym stanowi art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., a w prawie (...) art. 135 ust. 1 ustawy (...).

Skarżący wywodzi z przedłożenia dokumentów w postaci: Certyfikatu S. z 6 lutego 2023 r, Opinii kancelarii prawnej (...) Firm na temat certyfikatu S.(...) z 6 lutego 2023 r., wydruku ze strony (...) rejestru ds. biznesu i Memorandum w przedmiocie przesłanek wykluczenia zawartych w (...) prawie zamówień publicznych, złożonego przez (...) sp. z o.o., że nie popełnił on czynów zabronionych nie tylko przez art 135 ust. 1 ustawy (...) ale i art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Kluczowe znaczenie miała więc ocena, jaki zakres ma art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i czy faktycznie przepis ten prawidłowo implementuje art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i czy nie koliduje on z art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). Zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich.

Przepisy ten został implementowany zarówno w polskim prawie w ramach art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jak i w (...) prawie (w ramach art. 135 (...) ustawy o zamówieniach publicznych). Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit g. p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwa, o których mowa w art. 270 - 277d Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów) i przestępstwa, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego (przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu), z wyjątkiem przestępstwa udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego.

Przeciwnik skargi i w ślad za nim KIO przyjęły jednakże, że katalog przestępstw określonych przez art. 108 ust.

1 pkt 1 p.z.p. ma niewątpliwie szerszy zakres. Potwierdza to tabela mająca stanowić porównanie zakresu przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a-g ustawy prawo zamówień publicznych z zakresem przestępstw wskazanych w art. 135 ust. 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych. Przystępstwa zaś wymienione przez art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g p.z.p. są wyłącznie krajowymi podstawami wykluczenia. W rezultacie uprawniona była i ocena, że uzupełnione przez Skarżącego zaświadczenie (tj. Certyfikat S.) nie stanowi generalnego potwierdzenia braku karalności za czyny (przestępstwa) i wykroczenia przewidziane w (...) prawie karnym, lecz odnosi się wyłącznie do czynów i wykroczeń objętych art. 135 ust.1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych i tylko w tym zakresie potwierdza brak karalności z art. 135 ust. 1 lit. c) (...) ustawy o zamówieniach publicznych odnoszącego się do oszustwa / nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony "interesów finansowych" Wspólnot Europejskich.

Memorandum zostało wzięte pod uwagę przez Izbę, o czym świadczy treść uzasadnienia wyroku KIO, niemniej Izba oceniła, że przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 286, art. 297- 298, art. 300 - 306a Kodeksu karnego dotyczą wyłącznie oszustwa (nadużycia finansowego) w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, tj. dotyczą wyłącznie oszustw (nadużyć finansowych) na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich w celu bezprawnego zmniejszenia środków budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez Wspólnoty Europejskie lub w ich imieniu. Natomiast w zakresie przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270 - 277a Kodeksu karnego, a także przestępstw skarbowych brak jest w ogóle odniesienia się do ww. przestępstw w art. 135 ust 1 (...) ustawy o zamówieniach publicznych. Certyfikat S. (...) z 6 lutego 2023 r. nie potwierdza braku skazania członków organów (...) za czyny zabronione prawa (...) odpowiednie do czynów zabronionych prawa polskiego wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., W konsekwencji nietrafne są zarzuty naruszenia art. 542 ust. 1 p.z.p. w zakresie zarzucanej nieprawidłowej oceny dowodów.

Rozważenia natomiast wymagało, czy przepis art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej zezwala państwom członkowskim Unii Europejskiej, aby implementując omawiany mechanizm do krajowych ustawodawstw, wprowadzić jeszcze inne przesłanki wykluczenia i de facto poszerzyć katalog przestępstw, których popełnienie może skutkować wykluczeniem wykonawcy.

Jak wynika też z orzecznictwa wyroku TSUE z dnia 25.04.2017r. w sprawie C 213/07 X/S. van V. en J..wspólnotowa koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma między innymi na celu wykluczenie zarówno ryzyka preferowania oferentów krajowych, jak i możliwości kierowania się przez instytucję zamawiającą względami niezwiązanymi z danym zamówieniem (wyroki: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C#380/98 U. of C., Rec. s. I#8035, pkt 17, z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C#237/99 Komisja przeciwko F., Rec. s. I#939, pkt 42, oraz ww. wyrok w sprawie L. i M., pkt 36).

W tym kontekście, państwom członkowskim należy przyznać pewną swobodę uznania w zakresie wprowadzania przepisów mających na celu ochronę zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie L. i in., pkt 23) – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad. Prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu przepisów krajowych, które mając na względzie zapobieganie lub zwalczanie oszustw i korupcji, służą wyeliminowaniu ryzyka występowania, w ramach procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję, które mogą być skutkiem obecności pośród oferentów przedsiębiorcy prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymującego związku z osobą działającą w tym sektorze.

Stosując zatem powyższe wskazania należy uznać, że ustawodawca krajowy mógł implementując art. 57 ust. 1 dyrektywy ustanowić dodatkowe wymagania jeśli chodzi o poszerzenie zakresu przestępstw wskazanych w art. 108 ust 1 pkt 1 lit. a - g ustawy p.z.p. o przestępstwa z art. 286, art. 297- 298, art. 300 - 306a Kodeksu karnego albowiem dotyczą one szeroko rozumianego obrotu gospodarczego. Za takim więc wprowadzeniem mogą przemawiają ważne

względy bezpieczeństwa, zwalczania oszustw i przejrzystości postępowań z zakresu zamówień publicznych. Uznać więc należy, że zakaz popełnienia przestępstw finansowych wobec kogokolwiek, a nie tylko Wspólnot, takiego zakazu nie narusza.

W ocenie Sądu Okręgowego taka regulacja jest dopuszczalna pod warunkiem, że dodatkowe wymagania będą gwarantowały poszanowanie zasady równego traktowania oraz zasady przejrzystości, a ponadto, że ich skutki będą proporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu. Zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczzonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu

lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., C. (...) A., C#42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., P., C#27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

Analizując zatem regulacje nie sposób mówić o naruszenia zasady równości, wręcz przeciwnie w następstwie bowiem tych regulacji polski wykonawca byłby weryfikowany pod kątem zaistnienia któregośkolwiek z przestępstw z art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., podczas gdy jego zagraniczny konkurent podlegałby jedynie weryfikacji częściowej (tzn. bez uwzględnienia przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu czy wiarygodności dokumentów). Natomiast przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, czyli tzw. rozporządzenia dokumentowego dają możliwość zagranicznemu wykonawcy złożenia odpowiedniego oświadczenia, które będzie odnosiło się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust 1 pkt 1) Ustawy p.z.p..

Zgodnie z przepisem § 4 ust. 3 Rozporządzenia dokumentowego 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) Ustawy p.z.p., zastępuje się je w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Przepis ust2 stosuje się.

Izba uznała, że oświadczenie o niekaralności złożone przez pełnomocnika (...) przed notariuszem obarczone jest dwiema, niezależnymi od siebie wadami, z których każda ma charakter nieusuwalny. Po pierwsze oświadczenie nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy (D.), lecz przed polskim notariuszem. Po drugie zaś nie sposób w ogóle mówić o złożeniu oświadczenia przed notariuszem, gdyż stanowi ono w istocie oświadczenie wykonawcy z podpisem notarialnie poświadczonym. Oznacza to, że czynność notarialna nie obejmowała zapoznania się z oświadczeniem wykonawcy i przyjęcia tego oświadczenia, lecz sprowadzała się do poświadczenia tożsamości osoby składającej podpis pod dokumentem.

W ocenie Sądu Okręgowego doszło niewątpliwie do obrazy § 4 ust. 3 Rozporządzenia dokumentowego w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 158 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 381 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie

polegające na bezzasadnym uznaniu, że oświadczenie złożone 3 lutego 2023 r. przed notariuszem przez R. S. (2) w imieniu (...)nie zostało złożone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę tego podmiotu.

Jeśli więc chodzi o wadę pierwszą to rozporządzenie wymaga aby oświadczenie zostało złożone właściwym przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Wykładnia językowa §4 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego na pierwszy rzut oka wskazuje na właściwość notariusza oznaczoną wedle siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy. Jednak już pogłębiona analiza funkcjonalno- aksjologiczna przepisu prowadzi do odmiennych wniosków. Wynika to z faktu, że w przypadku notariuszy nie można w ogóle mówić o wyodrębnionej ich właściwości z uwagi na brak norm w tym zakresie.

Poza tym konstrukcja przepisu wskazuje, choć notariusz jest wymieniony w ciągu wśród organów wymienionych w §4 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego w ramach wyliczenia to jednak wykładnia celowościowa nakazuje zróżnicowanie tych organów. Możliwa jest więc wykładnia, że oznaczenie właściwości odnosi się wyłącznie do organów samorządu zawodowego lub gospodarczego albowiem organy sądowe i notariusz należy traktować odrębnie jako podmioty zaufania publicznego i organy publiczne.

Podstawowym celem działania notariatu jest zapewnienie bezpieczeństwa obrotu prawnego i jego zgodności z obowiązującym prawem. Rolą notariusza jest także weryfikacja osób składających oświadczenia, tj. sprawdzenie i potwierdzenie ich tożsamości oraz uprawnienia do składania oświadczeń w imieniu własnym lub reprezentowanych przez siebie osób lub podmiotów. Wobec powyższego, oświadczenie złożone przed notariuszem polskim, w przypadku którego, identycznie jak w przypadku notariusza (...), nie można mówić o właściwości miejscowej, ma identyczną moc prawną i znaczenie, jak oświadczenie złożone przed notariuszem właściwym. A contrario, Skarżący nie uchybił przepisom rozporządzenia dokumentowego. Co więcej, składając oświadczenie złożone przed polskim notariuszem, Skarżący postąpił właściwie ze względu na wykładnię celowościową ww. rozporządzenia. Przepisy rozporządzenia dokumentowego oraz procedura udzielania zamówień publicznych nie powinny być bowiem interpretowane skrajnie formalistycznie. Trzeba też mieć przeciw na uwadze, że zamówienia w kraju członkowskim udzielane są według prawa krajowego. W związku z tym §4 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego nie powinien być w zakresie złożenia oświadczenia przed notariuszem „właściwym” rozumiany literalnie i formalistycznie, biorąc też pod uwagę brak dostatecznej precyzji samego rozporządzenia.

Co więcej ta interpretacja analizowanego przepisu w oparciu o reguły wykładni celowościowej przemawia za przyjęciem też braku podstaw do różnicowania złożenia oświadczenia przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy i zamawiającego jak było w tej sprawie. Z punktu widzenia istoty i celu analizowanego przepisu, oświadczenie złożone przed notariuszem zastępuje (przy spełnieniu warunków w nim przewidzianych) zaświadczenie urzędowe. Na gruncie przepisów PZP oświadczeniu temu Ustawodawca przypisuje zatem walor doniosłości prawnej równej doniosłości dokumentu urzędowego państwa siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy, brak podstaw aby takiego waloru pozbawiać oświadczenie złożone przed notariuszem siedziby zamawiającego. Zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., L. i in., C#226/04 i C#228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., P., C#27/15, EU:C:2016:404, pkt 37).

W przedmiotowej sprawie nieprecyzyjność §4 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego uniemożliwia identyfikację właściwości notariusza przed którym ma nastąpić złożenie oświadczenia. O ile w zakresie organu sądowego lub administracyjnego, organu samorządu zawodowego lub organu samorządu gospodarczego, w oparciu o stosowne przepisy o właściwości da się wyodrębnić odpowiednią właściwość miejscową, o tyle w przypadku notariuszy, ze względu na specyfikę instytucji notariatu i brak uregulowań prawnych co do właściwości miejscowej, w oczywisty sposób jest to niemożliwe. Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy

interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., P., C#27/15, EU:C:2016:404, pkt 51). W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak precyzji Rozporządzenia dokumentowego jest przeszkodą do wykluczenia skarżącego z przetargu.

Po drugie nawet gdyby przyjąć naruszenie przepisów rozporządzenia dokumentowego co do właściwości notariusza to waga naruszenia w tej sprawie jest niewielka. Jak zaś wynika z motywu 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, stosując nawet fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na **zasadę proporcjonalności**. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Przenosząc zatem powyższe racje na uchybienia dotyczące procedury dokumentowej należy ocenić ich wagę mając na uwadze cel dyrektywy 2014/24/UE. W przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane aby oświadczenie złożone przed (...) notariuszem miało inną moc prawną i znaczenie aniżeli oświadczenie złożone przed notariuszem polskim, aby została podważona wiarygodność tego rodzaju oświadczenia. Przepisy proceduralne nie są celem samym w sobie, lecz mając one służyć realizacji nadrzędnych celów wyrażonych w dyrektywie, zatem nawet jeśli fakultatywne podstawy wykluczenia powinny być oceniona przez pryzmat zasady proporcjonalności, to tym bardziej uchybienia proceduralne, które nie rzutują na ocenę wiarygodności składanych oświadczeń.

Rację ma też skarżący, że Izba potraktowała kwestie „właściwości notariusza” i „formy oświadczenia” zupełnie odmiennie. W części uzasadnienia Wyroku dotyczącej „właściwości notariusza” Izba literalnie odniosła się do treści przepisów rozporządzenia dokumentowego i dokonała skrajnie formalistycznej interpretacji tych przepisów. W przypadku „formy oświadczenia” Izba natomiast zupełnie pominęła treść przepisów rozporządzenia dokumentowego. Zauważyć należy, że z przepisów rozporządzenia dokumentowego nie wynika, że wykonawca bądź podmiot używający wykonawcy zasobów musi w przedmiotowej sytuacji złożyć oświadczenie w formie aktu notarialnego. Należy także wskazać, że oprócz możliwości złożenia oświadczenia przed notariuszem, w § 4 ust. 3 rozporządzenia dokumentowego przewidziano możliwość złożenia takiego oświadczenia również przed organem sądowym, przed organem administracyjnym, przed organem samorządu zawodowego lub przed organem samorządu gospodarczego. Jest to katalog, który pozostawia wykonawcy możliwość wyboru jednego z równorzędnych rozwiązań.

Przepisy rozporządzenia dokumentowego są jednak dość lakoniczne tak jeśli chodzi o właściwość notariusza, jak i procedurę związaną ze składaniem oświadczenia. Trudno nie dostrzec wewnętrznej sprzeczności w rozumowaniu Izby, która z jednej strony wymaga oświadczenia złożonego przed notariuszem (...), a z drugiej strony wymaga, aby notariusz (...) zachował polskie wymagania odnośnie do formy aktu notarialnego. Jest to tym bardziej niezrozumiałe jeśli się przyjmie, że w przypadku tej czynności notariusz nie weryfikuje prawdziwości złożonego oświadczenia. Wykonawca nie może mu w tym zakresie przedłożyć żadnych dowodów. Po pierwsze, rozporządzenie dokumentowe nie określa, aby wykonawca był zobowiązany do dostarczenia notariuszowi dowodów, na podstawie których notariusz mógłby stwierdzić, czy rzeczywiście nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Po drugie, przedstawienie dowodów nie byłoby możliwe, bo oświadczenie ma zastąpić zaświadczenie urzędowe, którego w danym kraju się nie wystawia. Po trzecie - co ma znaczenie kluczowe w tym przypadku - wykonawca składa przedmiotowe oświadczenie zamawiającemu - nie notariuszowi. Notariusz potwierdza jedynie fakt, złożenia danego oświadczenia przez konkretną osobę, której tożsamość ustalił.

W zaskarżonym wyroku Izba powołała się na art. 104 § 3 i 4 Prawa o notariacie. Wskazano, że oświadczenie złożone przed notariuszem powinno być potwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Zdaniem Izby, zgodnie z tym przepisem, notariusz powinien spisać protokół w celu stwierdzenia przebiegu czynności złożenia oświadczenia. Należy stwierdzić, że po pierwsze ani przepisy rozporządzenia dokumentowego nie wymagają stwierdzenia przebiegu czynności złożenia oświadczenia przed notariuszem protokołem, ani art. 104 § 3 Prawa o notariacie nie wskazuje, że każde oświadczenie złożone przed notariuszem należy zaprotokołować.

Przepisy nie odsyłają do jakichkolwiek przepisów i procedur związanych ze składaniem oświadczeń woli przed notariuszem w przypadku zagranicznego wykonawcy. Braki procedur w tym zakresie nie powinny prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający zaś również pozbawiony jest możliwości obiektywnej oceny, czy wykonawcy prawidłowo złożyli wymagane dokumenty, z zachowaniem procedur obowiązujących w innych krajach.

Jeśli chodzi o materialnoprawne skutki oświadczenia złożonego przed notariuszem polskim to oświadczenie w przedmiotowej sprawie zostało złożone przed notariuszem, podpisała się pod nim osoba uprawniona, a następnie notariusz dokonał notarialnego poświadczenia podpisu. Całkowicie odpowiada to wymogom rozporządzenia dokumentowego. Przytoczone zaś wybiórczo przez Izbę orzeczenia są oderwane od stanu faktycznego tej sprawy. W świetle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku zarówno przed sądem, jak i przed notariuszem, może nastąpić na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym (tak uchwała Sądu Najwyższego z 22 listopada 2013 r. w sprawie III CZP 77/13). Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2017 r., sygn. KIO 1816/17, wskazano, że "oświadczenie złożone przed notariuszem" należy rozumieć w ten sposób, iż notariusz winien poświadczyć tożsamość osoby składającej oświadczenie - bez konieczności badania prawdziwości tego oświadczenia, jak również konieczności nadawania mu jakiegokolwiek szczególnej formy. Istotą tego rodzaju oświadczenia jest bowiem złożenie jego przez osobę uprawnioną, w tym wypadku do reprezentowania podmiotu zbiorowego, zaś odpowiedzialność za jego treść oraz prawdziwość obciąża osobę, która składa to oświadczenie". Powyższe potwierdza też wyrok KIO z dnia 7 października 2010 r., sygn. KIO 2100/10, gdzie wskazano, że „dla oświadczenia tego, co jest bezsporne pomiędzy stronami, nie jest wymagane zachowanie formy aktu notarialnego. Powyższe przyznał sam Odwołujący na rozprawie. Oświadczenie takie - w myśl rozporządzenia w sprawie dokumentów - ma być bowiem dokumentem złożonym przed notariuszem, a nie dokumentem sporządzanym w formie aktu notarialnego".

Z tych więc przyczyn należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 p.z.p. obciążając obowiązkiem ich zwrotu przeciwnika skarżącego, zgodnie z art. 98 k.p.c. wyliczenie kosztów pozostawiono do decyzji referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

SSO Aneta Łazarska