

WYROK
z dnia 21 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Anna Osiecka
Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawcę **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółka akcyjna z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**

w postępowaniu prowadzonym przez

„PKP Intercity” Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie oraz POZBUD Spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółkę akcyjną** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółkę akcyjną** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – „PKP Intercity” Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją i przeglądem na 3-cim poziomie utrzymania 14 wagonów osobowych typu 111A Lux/112A Lux” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 148-364021. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” Spółka Akcyjna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz POZBUD Spółka akcyjna, zwanych dalej „Konsorcjum” lub „Przystępującym”, pomimo że w podmiocie ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA – udostępniającym Konsorcjum zasobów zdolności technicznych i zawodowych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia osobą posiadającą uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, a zarazem będącą rzeczywistym beneficjentem tego podmiotu jest Gruia Stoica, wobec którego 23 lutego 2016 r. został wydany prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo płatnej protekcji,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie Konsorcjum, które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postaci oświadczenia zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia podmiotu ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA w części III A, gdzie udzielona została odpowiedź „nie”, pomimo że wobec osoby posiadającej uprawnienia decyzyjne lub kontrolne – Gruia Stoicy został wydany prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo płatnej protekcji,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu, dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, wykluczenia Konsorcjum z postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Konsorcjum przedstawiło zobowiązanie podmiotu ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA z siedzibą w Pascani (Rumunia) do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej, do dyspozycji wykonawcy MAG-TRAIN Sp. z o.o. Do oferty załączony został także formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia zawierający oświadczenia tego podmiotu dotyczące m.in. braku wystąpienia przesłanek obligatoryjnych wykluczenia, wskazanych w rozdziale VIII ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pełnomocnik tego podmiotu oświadczył, że zarówno w stosunku do samego wykonawcy bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, nie został wydany prawomocny wyrok skazujący za przestępstwo, o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133), o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, lub przestępstwo skarbowe.

18 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do przedłożenia dokumentów potwierdzających m.in. brak karalności podmiotu udostępniającego zasoby w tym zakresie. Konsorcjum przedłożyło zaświadczenia o niekaralności spółki GRUP FERVIAR ROMAN SA oraz następujących osób: V.-D. T., G. G. C., B. S., G. D., G. I., C. H. .

Zdaniem Odwołującego osobą, która ma kontrolę nad podmiotem udostępniającym zasoby ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA, jak również nad spółką GRUP FERVIAR ROMAN S.A. jest Gruia Stoica, ujawniony w rejestrze beneficjentów rzeczywistych prowadzonym

przez rumuńskie Ministerstwo Sprawiedliwości jako beneficjent rzeczywisty spółki ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA, co potwierdza wydruk z rejestru beneficjentów rzeczywistych ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA.

Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami Gruia Stoica został skazany prawomocnym wyrokiem z 23 lutego 2016 r. na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata za przestępstwo *cumpărare de influență*, tj. odpowiednik polskich występków powiązanych z płatną protekcją (230 i 230a Kodeksu karnego). W konsekwencji doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 14 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z uwagi na skazanie prawomocnym wyrokiem skazującym osoby, która posiada co najmniej uprawnienia kontrolne i decyzyjne w podmiocie ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA i nie ujawnił tego faktu w wypełnionym formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Konsekwencją tych naruszeń było naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonał on bowiem wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, a najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

II Stanowisko Zamawiającego

W ocenie Zamawiającego w postępowaniu nie doszło do wskazanego przez Odwołującego naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Ustawa jasno określa zakres podlegający badaniu w postępowaniu, w tym krąg osób, w stosunku do których wykonawca zobowiązany jest wykazać brak prawomocnego skazania. W przypadku spółki akcyjnej są to zatem urzędujący członkowie organu zarządzającego lub nadzorczego oraz prokurenci.

Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokumenty złożone przez Konsorcjum potwierdzały brak skazania za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do członków organu zarządzającego i nadzorczego spółek: Mag-Train Sp. z o.o. – zarząd spółki, POZBUD S.A. – zarząd spółki, ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA (podmiot udostępniający zasoby): V.-D. T., G. G. C., B. S., G. D., G. I., C. H.. Konsorcjum wykazało, iż w stosunku do jego członków oraz podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania, wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z dokumentu rejestrowego spółki

ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA nie wynika, aby G. S. był urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego albo prokurentem spółki. Osoba ta nie występuje w dokumencie rejestrowym podmiotu udostępniającego zasoby Konsorcjum.

Jak wynika z dołączonej przez Odwołującego informacji prasowej Krajowego Urzędu Antykorupcyjnego w Rumunii G. S. pełnił funkcję prezesa zarządu GRUP FERVIAR ROMAN SA (w chwili popełnienia czynu). Zgodnie z przywołanym zaświadczeniem GRUP FERVIAR ROMAN SA to akcjonariusz ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA.

Badanie skazania osób będących członkiem zarządu w spółkach powiązanych z wykonawcą czy z podmiotem udostępniającym zasoby wykracza poza ramy prawne wyznaczone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie miał podstaw zarówno do weryfikowania karalności osób związanych z akcjonariuszem spółki powiązanej z podmiotem udostępniającym Konsorcjum zasoby, jak też do wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających taką okoliczność.

Zgodnie ze stanowiskiem UZP obowiązek przedłożenia informacji o niekaralności na podstawie przedmiotowego przepisu aktualizuje się wyłącznie w stosunku do osób fizycznych prowadzących sprawę tych osób prawnych zasiadających w organach zarządzających, a także w organach nadzorczych tych osób prawnych. Obowiązek ten dotyczy również wspólników w spółkach osobowych, jak i komplementariusza. Dodatkowo obowiązkowi weryfikacji co do niekaralności poddano także prokurentów tych osób prawnych. W przypadku wykonawcy działającego w formie spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna, obowiązek weryfikacji niekaralności komplementariusza nie będzie przenosił się na komplementariusza. Nawet w przypadku spółek osobowych obowiązek weryfikacji niekaralności komplementariusza nie będzie przenosił się na osoby zasiadające w organach zarządzających i nadzorczych osoby prawnej będącej komplementariuszem. Nie sposób zatem uznać, iż takim obowiązkiem objęte będą osoby pełniące ww. funkcje w spółce będącej akcjonariuszem wykonawcy/podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający, prowadząc postępowanie, jest zobowiązany do podejmowania czynności określonych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, iż wskazany w odwołaniu G. S. nie jest urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego spółki ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA ani jej prokurentem, w stosunku do Konsorcjum nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania. Wykładnia celowościowa § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów... również prowadzi do wniosku, że zakres żądania dokumentów od podmiotu trzeciego nie może być szerszy niż wymagany od wykonawcy.

Gdyby intencją ustawodawcy było rozszerzenie kręgu osób, których karalność powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, przepis art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy

Prawo zamówień publicznych zostałby zrehabilitowany w inny sposób. Brak podstaw, aby ww. przesłankę wykluczenia z postępowania interpretować używając definicji beneficjenta rzeczywistego. Definicja beneficjenta rzeczywistego powstała na potrzeby ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Brak podstaw prawnych do stosowania przepisów tej ustawy na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też art.24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy do ustalania przez zamawiającego beneficjentów rzeczywistych wykonawców i badania karalności tych osób.

Wobec powyższych okoliczności Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Konsorcjum z przedmiotowego postępowania.

Z uwagi na niezasadność tego zarzutu należy uznać, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako stanowiące konsekwencję zaniechania wykluczenia Konsorcjum, są bezprzedmiotowe. W JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby odpowiadano na pytanie: „Czy w stosunku do samego wykonawcy (tu: podmiotu udostępniającego zasoby) bądź jakiegokolwiek osoby będącej członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, lub posiadającej w przedsiębiorstwie wykonawcy uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, wydany został prawomocny wyrok z jednego z wyżej wymienionych powodów”. W oświadczeniu będącym odpowiedzią na to pytanie chodzi o członkostwo w organach lub uprawnienia, czyli dotyczy to osób, które oficjalnie, zgodnie z dokumentami spółki, pełnią funkcje w spółce lub posiadają formalne uprawnienia do reprezentacji, nadzoru lub kontroli. Treść JEDZ stanowi w tym zakresie odzwierciedlenie art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/14/WE. Rozszerzające interpretowanie tych przepisów, prowadziłyby do chaosu i nadużyć. Niejednokrotnie osoby będące członkami organów spółki pobiegają wpływom innych osób, jednak nie oznacza to, że nie mają własnej woli i praw nadanych im przez spółkę oraz przepisy prawa handlowego danego państwa. Z kolei przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych o wykluczeniu z powodu popełnienia przestępstw dotyczą tylko tych osób, które posiadają uprawnienia decyzyjne lub nadzorcze w spółce i mogą je wykonywać w sposób wiążący dla spółki i osób trzecich

III Stanowisko Przystępującego

Zdaniem Przystępującego odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył w żaden sposób wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, a tok jego czynności był prawidłowy. Sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują żadnego uzasadnienia prawnego i faktycznego.

Zarzutem, na którym opiera się odwołanie, jest naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, że do kręgu osób,

których dotyczy skazanie należą: 1) urzędujący członek organu zarządzającego wykonawcy – w przypadku osób prawnych, takich jak spółki akcyjne, będzie to zarząd lub jego odpowiednik, 2) urzędujący członek organu nadzorczego wykonawcy – w przypadku osób prawnych, takich jak spółki akcyjne, będzie to zwykle rada nadzorcza lub jej odpowiednik, 3) wspólnik spółki jawnej, wspólnik spółki partnerskiej – nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, 4) komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej – nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, 5) prokurent (w rozumieniu art. 1091 § 1 Kodeksu cywilnego) – nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie wymienia jedynie członków organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólników i prokurentów osób prawnych, nie wskazując na osoby posiadające uprawnienia decyzyjne lub kontrolne, których skazanie mogłoby prowadzić do wykluczenia wykonawcy.

Urząd Zamówień Publicznych, w ramach interpretacji przepisów znowelizowanej ustawy wyjaśnił, że obowiązek przedłożenia informacji o niekaralności na podstawie ww. przepisu aktualizuje się zatem wyłącznie w stosunku do osób fizycznych prowadzących sprawy tych osób prawnych zasiadających w organach zarządzających, a także w organach nadzorczych tych osób prawnych. Obowiązek ten dotyczy również wspólników w spółkach osobowych, jak i komplementariusza. Dodatkowo obowiązkowi weryfikacji co do niekaralności poddano także prokurentów tych osób prawnych.

Składając deklarację w oświadczeniu wstępnym (JEDZ) w części III „Podstawy wykluczenia”, sekcja A „Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo” wykonawcy, jak i podmioty, o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, oświadczają o istnieniu lub braku istnienia przesłanki wykluczającej z udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak też stanowi instrukcja wypełniania JEDZ, która wyraźnie odsyła do polskiej ustawy w zakresie zawartości deklaracji w tej części („Przepis art. 57 ust. 1 dyrektywy został wdrożony w treści art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tym, że katalog przestępstw przewidzianych w w/w przepisach ustawy Pzp jest znacznie szerszy w stosunku do wynikającego z treści art. 57 ust. 1 dyrektywy (...) W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie dotyczące niekaralności jedynie w zakresie konkretnych, poniżej wskazanych przestępstw, których dotyczą przesłanki ustawowe z art. 24 ust. 1 pkt 13 i pkt 14 ustawy Pzp, a które jednocześnie stanowią implementację art. 57 ust. 1 dyrektywy...”). Nie ma przy tym znaczenia redakcja tytułów rubryk oświadczeń JEDZ. Wymóg złożenia zaświadczenia o niekaralności oraz złożenia właściwej deklaracji w części III sekcja A JEDZ dotyczy jedynie osób uprawnionych do reprezentowania (członkowie

zarządu, prokurent) oraz członków organu nadzorczego, zgodnie z dokumentami rejestrowymi.

Art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi implementację do polskiego porządku prawnego m. in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Zgodnie art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE (art. 80 dyrektywy 2014/25/UE w zakresie przesłanek wykluczenia odsyła do art. 57 dyrektywy 2014/24/UE) obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest tak wykonawcą, jak i członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne. W przypadku wykonawców – osób prawnych wykluczenie następuje, gdy członek organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy został prawomocnie skazany za określone w tym artykule przestępstwa lub gdy nie będąc członkiem takiego organu, osoba skazana posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne. Obowiązek wykluczenia wykonawcy wymaga zatem stwierdzenia, czy którakolwiek z osób, które zasiadają w wymienionych organach wykonawcy bądź które, nie będąc członkami tych organów, są ich pełnomocnikami i posiadają określone umocowanie do reprezentowania, podejmowania decyzji lub kontroli spraw wykonawcy, nie została prawomocnie skazana za takie przestępstwo. Przepis art. 57 dyrektywy 2014/24/UE stanowi też, że to państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania tego artykułu. Polska ustawa transponowała przepis art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazując na członków organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólników i prokurentów, przez których należy rozumieć osobę posiadającą w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne. Zatem w polskim porządku prawnym przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i przesłanka z art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE nie objęła osób wpisanych do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (tzw. IV dyrektywa AML). Na gruncie definicji z art. 3 pkt 6) IV dyrektywy AML (i za polską ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu) beneficjentami spółki (osoby prawnej) są:

- 1) osoba fizyczna będąca udziałowcem lub akcjonariuszem spółki, której przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji tej osoby prawnej,
- 2) osoba fizyczna dysponująca więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym spółki, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu,
- 3) osoba fizyczna sprawująca kontrolę nad osobą prawną lub osobami prawnymi, którym łącznie przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji spółki, lub łącznie dysponującą więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie spółki, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu,
- 4) osoba fizyczna sprawująca kontrolę nad spółką poprzez posiadanie w stosunku do niej uprawnień podmiotu dominującego, w rozumieniu przepisów o rachunkowości,
- 5) osoba fizyczna zajmująca wyższe stanowisko kierownicze (np. członek zarządu) w przypadku udokumentowanego braku możliwości ustalenia lub wątpliwości co do tożsamości osób fizycznych określonych powyżej oraz w przypadku niestwierdzenia podejrzeń prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Tylko w ostatnim przypadku zakres podmiotowy przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE mogą się pokrywać z zakresem podmiotowym definicji beneficjenta rzeczywistego. Oczywistym jest natomiast, że akcjonariusze lub inne powiązane z nimi osoby nie są badani pod kątem skazania za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA jest podmiotem, na którego zdolnościach Przystępujący polega w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył stosowne dokumenty w postępowaniu w odniesieniu do tego podmiotu, w tym JEDZ oraz dokumenty potwierdzające brak przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych (zaświadczenia z rejestru karnego dotyczące właściwych osób wskazanych w rejestrze handlowym).

Przywołana w odwołaniu osoba G. S. nie jest urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego ani prokurentem podmiotu ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA. Osoba ta nie należy też do kręgu osób wskazanych w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, jak też nie jest akcjonariuszem, czy osobą uwzględnioną w jakikolwiek sposób w strukturze organizacyjnej podmiotu. Nie było zatem jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych dla przedkładania dokumentu potwierdzającego brak skazania tej osoby, czy do deklaracji „TAK” w części III sekcji A JEDZ podmiotu.

ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA jest spółką akcyjną prawa rumuńskiego – odpowiednikiem polskiej spółki akcyjnej. Ustawą regulującą organizację spółek akcyjnych

w Rumunii jest ustawa nr 31/1990 z 16 listopada 1990 Prawo spółek, która stanowi, że organami spółki są Zgromadzenie Akcjonariuszy oraz Zarząd Dyrektorów, który posiada kompetencje decyzyjne i wykonawcze do prowadzenia spraw spółki. Z kolei ustawą regulującą publikację danych dotyczących spółki w publicznych rejestrach jest ustawa nr 26/1990 z 5 listopada 1990 o rejestrze handlowym. Art. 1 ust. 2 ustawy nr 26/1990 stanowi, że w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej lub po jej zakończeniu osoby fizyczne i prawne, o których mowa w ust. 1, wnioskuje o wpis do tego samego rejestru wzmianek dotyczących dokumentów i czynności podlegających rejestracji z mocy prawa. Ponadto, spółka nie może dochodzić skuteczności wobec osób trzecich dokumentów ani czynności, których nie ujawniono zgodnie z prawem, chyba że jest w stanie udowodnić, iż osoby takie miały wiedzę na temat tych dokumentów lub czynności. Obowiązuje zatem w Rumunii zasada domniemania prawdziwości danych ujawnionych w rejestrze handlowym.

Ponadto, zgodnie z art. 7 Przepisów metodycznych z dnia 10 października 2008 r. o prowadzeniu rejestrów handlowych, dokonywaniu nagrań i udostępnianiu informacji (w dniu 16.11.2008 r. akt prawny został zatwierdzony rozporządzeniem 2594/C/2008) w rumuńskim rejestrze handlowym w odniesieniu do spółek prawa handlowego (w tym spółki akcyjnej) ujawnia się m. in. następujące dane: formę organizacyjną osoby prawnej; dane identyfikacyjne wspólników/wspólników założycieli/wspólników oraz, w stosownych przypadkach, pozostałych wspólników; organ zarządzający i administracyjny, ich członków oraz ich dane identyfikacyjne, przyznane uprawnienia (i jak je wykonywać (razem i/lub osobno), kadencja, system zarządzania dla którego został wybrany, w stosownych przypadkach, a także datę złożenia wzoru podpisu, oraz jeżeli są osobami prawnymi, dane identyfikacyjne ich przedstawicieli); organy kontrolne, odpowiednio cenzorzy/audytorzy, ich członkowie oraz ich dane identyfikacyjne, a jeżeli: cenzor/audytor jest osobą prawną, dane identyfikacyjne jej przedstawiciela; pełnomocnik lub przedstawiciel podatkowy, jeżeli dotyczy; skazanie współpracownika, administratora, cenzora lub audytora za przestępstwa, które czynią go niegodnym lub niezgodnym z wykonywaniem tej działalności; inne wzmianki przewidziane prawem.

Zgodnie z dołączonym zaświadczeniem nr 395106/26.05.2021 z rumuńskiego rejestru handlowego prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości – Krajowy Urząd Rejestru Handlowego G. S. nie widnieje tam w żadnej roli.

Dołączona do odwołania informacja na temat beneficjentów rzeczywistych nr 378322/20.05.2021 Krajowego Urzędu Rejestru Handlowego wskazuje, iż ww. osoba jest jedynie pośrednim beneficjentem rzeczywistym („Charakter i zakres posiadanego udziału w zyskach: (...) pośredni”). Chodzi w tym wypadku o ustawę nr 129 z 11 lipca 2019 r. o zapobieganiu i zwalczaniu prania pieniędzy i finansowania terroryzmu oraz o zmianie i uzupełnieniu aktów normatywnych. Podmiot ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA nie ma

informacji, jaka sytuacja G. S. determinuje, iż jest on beneficjentem rzeczywistym pośrednim podmiotu. Natomiast z całą pewnością nie jest on osobą wskazaną w normie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurentem tego podmiotu ani akcjonariuszem czy akcjonariuszem Grup Feroviar Român S.A. Nie jest też osobą w rozumieniu art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, czy osoba ta istotnie pozostaje tzw. beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu dyrektywy 2015/849.

Wobec prawidłowej i zgodnej ze stanem faktycznym i prawnym czynności podmiotu ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA zaznaczenia „Nie” w trzecim polu części III sekcja A JEDZ, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niewykluczenie Przystępującego, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa miałby przedstawić informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, pozostaje bezprzedmiotowy.

Bezprzedmiotowym jest też zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jest też błędnie sformułowany, jako że przepis odnosi się do wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, wobec której nie zaistniała żadna z przesłanek jej odrzucenia.

IV Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów, w szczególności treść złożonych przez Przystępującego dokumentów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego, pism oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 14 i 17 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje zakres przestępstw, których dotyczy wykluczenie: art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600, z późn. zm.5) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 i 1495), art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, skarbowe, art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769).

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 13 lit. a-c i pkt 14, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach została skazana za przestępstwo wymienione w ust. 1 pkt 13 lit. a-c, jeżeli nie upłynęło 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia.

Dyspozycja art. 22a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powyższe odnosi także do podmiotów udostępniających swoje zasoby: Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja

finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący w swoim stanowisku odniósł się także do przepisów unijnych, z nich wywodząc formalne uzasadnienie swojego stanowiska. Z przepisów tych wynika, co następuje.

Art. 80 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE stanowi, że obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zakwalifikowanie do systemu kwalifikowania, jak również obiektywne zasady i kryteria wykluczenia i kwalifikacji kandydatów i oferentów w ramach procedury otwartej, procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, mogą obejmować podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych. Jeżeli podmiot zamawiający jest instytucją zamawiającą, wspomniane kryteria i zasady obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach określonych w tym artykule. Jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, wspomniane kryteria i zasady obejmują ponadto podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach określonych w tym artykule.

Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 57 ust. 1, 3 i 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE:

1. 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. Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

3. Państwa członkowskie mogą przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia, o którym mowa w ust. 1 i 2, w wyjątkowych przypadkach, z uwagi na nadrzędne względy związane z interesem publicznym, takich jak zdrowie publiczne lub ochrona środowiska. Państwa członkowskie mogą też przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia, o którym mowa w ust. 2, w przypadku gdy wykluczenie byłoby w sposób wyraźny nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka lub gdy – w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne – wykonawca został poinformowany o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości podjęcia środków przewidzianych w ust. 2 akapit trzeci przed upływem terminu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału lub, w przypadku procedur otwartych, terminu złożenia oferty. (...)

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

Odwołujący, wskazując na obowiązek wykluczenia Przystępującego z postępowania odniósł się do pojęcia beneficjenta rzeczywistego. Zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2021 r. poz. 1132) przez beneficjenta rzeczywistego rozumie się każdą osobę fizyczną sprawującą bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad klientem poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiające

wywieranie decydującego wpływu na czynności lub działania podejmowane przez klienta, lub każdą osobę fizyczną, w imieniu której są nawiązywane stosunki gospodarcze lub jest przeprowadzana transakcja okazjonalna, w tym:

a) w przypadku osoby prawnej innej niż spółka, której papiery wartościowe są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym podlegającym wymogom ujawniania informacji wynikającym z przepisów prawa Unii Europejskiej lub odpowiadających im przepisów prawa państwa trzeciego:

- osobę fizyczną będącą udziałowcem lub akcjonariuszem, której przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji tej osoby prawnej,
- osobę fizyczną dysponującą więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym tej osoby prawnej, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu,
- osobę fizyczną sprawującą kontrolę nad osobą prawną lub osobami prawnymi, którym łącznie przysługuje prawo własności więcej niż 25% ogólnej liczby udziałów lub akcji lub które łącznie dysponują więcej niż 25% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym tej osoby prawnej, także jako zastawnik albo użytkownik, lub na podstawie porozumień z innymi uprawnionymi do głosu,
- osobę fizyczną sprawującą kontrolę nad osobą prawną poprzez posiadanie uprawnień, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217), lub
- osobę fizyczną zajmującą wyższe stanowisko kierownicze w przypadku udokumentowanego braku możliwości ustalenia lub wątpliwości co do tożsamości osób fizycznych określonych w tiret pierwszym-czwartym oraz w przypadku niestwierdzenia podejrzeń prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu,

b) w przypadku trustu:

- założyciela,
- powiernika,
- nadzorcę, jeżeli został ustanowiony,
- beneficjenta lub - w przypadku gdy osoby fizyczne czerpiące korzyści z danego trustu nie zostały jeszcze określone - grupę osób, w których głównym interesie powstał lub działa trust,
- inną osobę sprawującą kontrolę nad trustem,
- inną osobę fizyczną posiadającą uprawnienia lub wykonującą obowiązki równoważne z określonymi w tiret pierwszym-piątym,

c) w przypadku osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, wobec której nie stwierdzono przesłanek lub okoliczności mogących wskazywać na fakt sprawowania kontroli nad nią przez inną osobę fizyczną lub osoby fizyczne, przyjmuje się, że taka osoba fizyczna jest jednocześnie beneficjentem rzeczywistym;

Przy czym, zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 10 tej ustawy przez „klienta” rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której instytucja obowiązana świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze, lub na zlecenie której przeprowadza transakcję okazjonalną, przy czym w przypadku umowy ubezpieczenia przez klienta instytucji obowiązanej rozumie się ubezpieczającego, a w przypadku umowy o prowadzenie rejestru akcjonariuszy, o której mowa w art. 300 i art. 328 ustawy z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 i 2320), przez klienta instytucji obowiązanej rozumie się wyłącznie akcjonariusza, zastawnika lub użytkownika akcji podlegającego wpisowi do tego rejestru w związku z transakcją stanowiącą podstawę dokonania wpisu.

Jak wynika z powyższych regulacji oraz postawionych zarzutów, jak słusznie zauważył Przystępujący, w niniejszej sytuacji faktycznej przepis art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma w ogóle zastosowania, ponieważ jego naruszenie może mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający postąpi niezgodnie z jego dyspozycją, tj. do wyboru oferty najkorzystniejszej zastosuje inne kryteria oceny ofert niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź też zastosuje je w inny sposób niż opisany w specyfikacji albo też nieprawidłowo dokona przeliczeń punktowych. Niniejsze odwołanie nie dotyczy nieprawidłowej oceny ofert według kryteriów oceny ofert, zatem zarzut ten jest nieuzasadniony.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec niewykluczenia z postępowania Przystępującego ze względu na fakt, że akcjonariuszem podmiotu ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA, na którego zasoby powołał się Przystępujący, jest GRUP FERVIAR ROMAN SA, w stosunku do której to spółki, w oficjalnym rumuńskim rejestrze, jako beneficjanta rzeczywistego wskazano G. S., tj. osobę, która 23 lutego 2016 r. – będąc prezesem spółki GRUP FERVIAR ROMAN SA – została skazana za jedno z przestępstw, do których odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała że zarzut nie potwierdził się.

Po pierwsze Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych swoją dyspozycją w ogóle nie obejmuje takiej sytuacji i takiego zakresu osób, do którego należałby pan S. (czy to jako obecny, czy jako były prezes GRUP FERVIAR ROMAN SA), jak też podmiotów, do których odnosi się pojęcie beneficjanta rzeczywistego.

Art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje bowiem wyraźnie na krąg osób fizycznych i prawnych, którego dotyczy jego dyspozycja, tj. urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powyższe ma zastosowanie odpowiednio do podmiotów udostępniających zasoby wykonawcy, czyli ELECTROPUTERE VFU PASCANI SA. Powyższe natomiast w ogóle nie dotyczy akcjonariuszy którejkolwiek ze spółek, w tym GRUP FERVIAR ROMAN SA.

Zdaniem Izby ustawodawca unijny i krajowy nie bez przyczyny ominął w ogóle zakres odpowiedzialności i wpływu akcjonariuszy na spółkę – zarówno ze względu na potencjalną liczbę takich akcjonariuszy, jak i na ich często bardzo luźny związek osobisty i finansowy z samą spółką. W praktyce, gdyby to nie tylko zamawiający, ale nawet i same spółki, zobowiązane były śledzić informacje wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też zdobywać informacje z rejestrów, dotyczące karalności akcjonariuszy – nie tylko osób fizycznych, ale i osób prawnych oraz osób zarządzających tymi osobami prawnymi, nastąpiłby paraliż uczestnictwa tych spółek na rynku zamówień publicznych. Podobnie, jak i celowo ustawodawca nie odnosił się do innych osób, które mogą być w jakikolwiek sposób powiązane ze spółką, czy też czerpać z niej korzyści. Ustawodawcy, zarówno unijnemu, jak i krajowemu, znane jest pojęcie beneficjenta rzeczywistego, do którego odwołuje się Odwołujący, zatem – gdyby taka była jego wola – mógł się do niego odnieść, czy to w przepisach unijnych, czy też krajowych.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, jakoby przepis art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, przy formułowaniu art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych został nieprawidłowo implementowany do porządku krajowego ze względu na brak zastosowania w nim w pełni sformułowania odnoszącego się do „posiadania w organach administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych uprawnień decyzyjnych lub kontrolnych”. Po pierwsze bowiem, zgodnie z ust. 7 art. 57 dyrektywy 2014/24/UE to państwom członkowskim pozostawiono określenie w przepisach krajowych warunków wykonania przepisów art. 57 dyrektywy. Po drugie, polski ustawodawca ogólne odniesienia unijne o uprawnieniach decyzyjnych, nadzorczych i kontrolnych odniósł do istniejących organów polskich spółek według przepisów prawa handlowego.

Po trzecie – nawet gdyby przepis ten został nieprawidłowo implementowany, to żadna z zasad prounijnej interpretacji prawa krajowego ani żadna z zasad interpretacji prawa unijnego nie zezwala na interpretację, która prowadziłaby w konsekwencji do rozszerzenia sankcji wobec wykonawców w stosunku do wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, czy ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a

dodatkowo: już po upływie terminu składania ofert. Byłoby to wręcz zaprzeczeniem wprost zasadom zamówień publicznych wyrażonym w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasadzie przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji.

Jedną z podstawowych bowiem reguł zamówień jest to, że wykonawcy mają zostać poinformowani na samym początku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o zasadach prowadzenia tego postępowania, a zasady te pozostają niezmiennie aż do jego zakończenia. Tę zasadę niezmienności wielokrotnie wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoich orzeczeniach, np. wyjątkowo krótko, treściwie i dobitnie wyraził ją w postanowieniu z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17: „Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.”

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła także złożenia przez Przystępującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w tym zakresie, a tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi i dostawy o wartości większej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

- a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,
- b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,
- c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,
- b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,
- c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,
- d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych, natomiast Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....