

Sygn. akt: KIO 56/22

WYROK
z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez odwołującego: PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Lelów

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „REKO” J. C.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „REKO” J. C. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „REKO” J. C. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Lelów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z obszaru gminy Lelów na lata 2022-2023” (numer referencyjny: PIR.271.11.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 208-544697.

I. W dniu 10 stycznia 2022 r. wykonawca PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) wydłużeniu wykonawcy: J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „REKO” J. C. (dalej również jako „wykonawca REKO”) terminu do uzupełnienia dokumentu (podmiotowego środka dowodowego) wymaganego celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w postaci Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, już po upływie tego terminu, pomimo tego, że ww. wykonawca nie przedłożył tego dokumentu w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie na jego uzupełnienie wyznaczonym w wezwaniu z dnia 13 grudnia 2021 r.;
- 2) zaniechaniu przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy REKO z uwagi na to, że nie złożył on w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp i tym samym nie potwierdził on braku podstaw wykluczenia z postępowania;
- 3) zaniechaniu wezwania wykonawcy REKO do uzupełnienia przedłożonych dowodów na należyte wykonanie usług potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (referencji) poprzez nadanie im należytej formy tj. cyfrowego odwzorowania tych dokumentów opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez przyjęcie, że zamawiający

uprawniony jest do przedłużenia terminu na składanie uzupełnień po upływie tego terminu, co de facto równoznaczne jest z ponownym wezwaniem tego wykonawcy do kolejnego uzupełnienia tych samych dokumentów w takim samym zakresie, co godzi w zasadę jednokrotności wzywania do uzupełnień tego samego dokumentu i w konsekwencji powtórne wezwanie wykonawcy REKO w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale II ust. 9 pkt 9.2. ppkt 9.2.1 lit a) SWZ, dotyczącego Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, pomimo tego, że wykonawca REKO nie przedłożył tego dokumentu w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie na jego uzupełnienie wyznaczonym w wezwaniu zamawiającego z dnia 13 grudnia 2021 r.;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy REKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale II ust. 9 pkt 9.2. ppkt 9.2.1 lit a) SWZ, w postaci Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp potwierdzającego brak podstaw wykluczenia;
- 3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 7 ust. 2, ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452) przez zaniechanie wezwania wykonawcy REKO do uzupełnienia przedłożonych dowodów na należyte wykonanie usług potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. referencji poprzez nadanie im należytej formy tj. cyfrowego odwzorowania tych dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy REKO;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy REKO wobec okoliczności niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp i tym samym nie potwierdzenia przez niego braku podstaw wykluczenia;

- 3) wezwania wykonawcy REKO do uzupełnienia referencji poprzez nadanie im należytej formy tj. cyfrowego odwzorowania tych dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 stycznia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „REKO” J. C.. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do przedłużenia terminu na składanie uzupełnień po upływie tego terminu, co de facto równoznaczne jest z ponownym wezwaniem tego wykonawcy do kolejnego uzupełnienia tych samych dokumentów w takim samym zakresie, co godzi w zasadę jednokrotności wzywania do uzupełnień tego samego dokumentu i w konsekwencji powtórne wezwanie wykonawcy REKO w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale II ust. 9 pkt 9.2. ppkt 9.2.1 lit a) SWZ, dotyczącego Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, pomimo tego, że wykonawca REKO nie przedłożył tego dokumentu w pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego terminie na jego uzupełnienie wyznaczonym w wezwaniu zamawiającego z dnia 13 grudnia 2021 r.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Jak należy przyjąć na podstawie dokumentacji postępowania (dowód przeciwny nie został przedstawiony) wykonawca REKO zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (pismo wykonawcy REKO z dnia 21 grudnia 2021 r.) jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu (21 grudnia 2021 r. godz. 15:00). Żaden z przepisów ustawy Pzp nie zabrania

zamawiającemu przedłużenia pierwotnie wyznaczonego terminu udzielenia odpowiedzi na wezwanie. W art. 126 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wskazał jedynie minimalny termin (10 dni). Z zastrzeżeniem przestrzegania tego unormowania, zamawiający posiada swobodę w wyznaczeniu ww. terminu. Okoliczność przekazania wykonawcy informacji o przedłużeniu tego terminu po upływie terminu pierwotnie wyznaczonego w ocenie składu orzekającego Izby nie skutkuje uznaniem niedopuszczalności podjęcia takiej decyzji przez zamawiającego, o ile zwrócenie się przez wykonawcę z prośbą o przedłużenie terminu nastąpiło przed upływem terminu pierwotnie wyznaczonego. Taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy REKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie dokumentu, o którym mowa w Rozdziale II ust. 9 pkt 9.2. ppkt 9.2.1 lit a) SWZ w postaci Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca REKO nie przedstawił w wyznaczonym terminie wymaganego podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego (pismo z dnia 3 grudnia 2021 r.) wykonawca REKO złożył informację z Krajowego Rejestru Karnego, jednakże jej treść nie odpowiadała aktualnemu stanowi prawnemu – zakres danych, które były przedmiotem informacji o osobie, dotyczył art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2004 r.”. W związku z powyższym zamawiający wystosował do wykonawcy REKO wezwanie do uzupełnienia tego środka dowodowego (pismo z dnia 13 grudnia 2021 r.). W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca REKO złożył zamawiającemu informację z Krajowego Rejestru Karnego o treści odnoszącej się do aktualnego stanu prawnego, jednakże uzupełnienie tego dokumentu nastąpiło po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego, a zatem należy jej uznać za nieskuteczne. Wskazuje na to data złożenia podpisu elektronicznego: 28 grudnia 2021 r., podczas gdy termin na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego został przedłużony do 27 grudnia 2021 r. godz. 15:00. Twierdzenia przeciwne nie zostały w toku postępowania odwoławczego przedstawione. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków

dowodowych może mieć miejsce – w określonym zakresie - tylko jednokrotnie. Wobec niezłożenia przez wykonawcę REKO prawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w terminie wyznaczonym na uzupełnienie tego dokumentu, należało uznać, że wystąpiła sytuacja, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, tj. niezłożenie przez wykonawcę w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia. Należało zatem uznać, że oferta wykonawcy REKO podlega odrzuceniu na ww. podstawie prawnej. Ponadto Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego złożona w odpowiedzi na pierwsze wezwanie stanowiła wystarczającą podstawę do uznania, że wykonawca REKO wykazał brak podstaw do wykluczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 13 nieobowiązującej ustawy Pzp z 2004 r. z postępowania wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) 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 2018 r. poz. 1600, z późn. zm.)) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 i 1495),

b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,

c) skarbowe,

d) o którym mowa w 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).

Natomiast w myśl art. 108 ust. 1 pkt 1) obecnie obowiązującej ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym zarówno na dzień składania ofert jak i złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego

pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.

Ww. regulacje prawa krajowego 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).

Jak wskazano w preambule ww. dyrektywy (motyw 100): „Nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.”.

Zakres przedmiotowy ww. regulacji prawa krajowego nie jest tożsamy. W pewnym zakresie zakres przedmiotowy obecnie obowiązującego przepisu jest szerszy:

Po pierwsze, na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego podmiotowy środek dowodowy ma również obejmować dane w zakresie czynów zabronionych określonych w przepisach prawa obcego odpowiadających przestępstwom wymienionym w ww. przepisie. W ocenie składu orzekającego Izby ratio legis ww. unormowania jest, aby wykluczeniu z postępowania podlegał każdy wykonawca prawomocnie skazany za popełnienie któregośkolwiek z ww. czynów zabronionych, bez względu na to, czy miało to miejsce w Polsce czy w innym państwie. Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1709) w Rejestrze gromadzi się dane o osobach: 4) będących obywatelami polskimi prawomocnie skazanymi przez sądy państw obcych.

Powyższej interpretacji nie sprzeciwiają się przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie: a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z

odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, 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, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1. Natomiast w myśl § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Z żadnego z ww. przepisów, zarówno prawa europejskiego jak i prawa krajowego, nie wynika, aby ww. podstawa wykluczenia z postępowania miała dotyczyć wyłącznie czynów zabronionych, za które wykonawca został skazany przez sąd kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Po drugie, w obecnie obowiązującym przepisie dodano również przestępstwo mające na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. e) ustawy Pzp). Zgodnie z art. 115 § 20 Kodeksu karnego przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu: 1) poważnego zastraszenia wielu osób; 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności; 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu.

Natomiast jako przestępstwo mające na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym można zakwalifikować np. przestępstwo, o którym mowa w art. 259a Kodeksu karnego („Kto przekracza granicę Rzeczypospolitej Polskiej w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a lub art. 258 § 2 lub 4, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”).

Jak wskazują przedstawiciele doktryny (A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 7, Warszawa 2021) ww. przestępstwo należy zaliczyć do kategorii czynów

zabronionych znajdujących się na "przedpolu" właściwego przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Rozumie się przez to różne zachowania polegające na stwarzaniu warunków, ułatwianiu oraz nawoływaniu do działalności terrorystycznej. Do tej kategorii, oprócz ww. przestępstwa z art. 259a Kodeksu karnego, można również zaliczyć:

- finansowanie terroryzmu (art. 165a KK) – *wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. d ustawy Pzp [kursywą – dopiski składu orzekającego Izby],*
- niezawiadomienie o popełnieniu przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 240 § 1 KK),
- rozpowszechnianie treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 255a § 1 KK),
- uczestnictwo w szkoleniu terrorystycznym (art. 255a § 2 KK),
- braniu udziału w grupie terrorystycznej (art. 258 § 2 i 4 KK) - *wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.*

Jak wskazują ww. autorzy przestępstwo, o którym mowa w art. 259a Kodeksu karnego, ma charakter powszechny – sprawcą może być każdy człowiek zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, zarówno obywatel RP, jak i cudzoziemiec. Przekraczaniem granicy jest każde przemieszczenie się stanowiące wjazd na terytorium RP lub wyjazd z terytorium RP.

W związku z powyższym przedstawienie przez wykonawcę REKO informacji z Krajowego Rejestru Karnego zawierającej dane zgodnie z nieobowiązującą ustawą Pzp z 2004 r. należało uznać za niewykazanie zaistnienia braku podstawy do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 7 ust. 2, ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. poz. 2452) przez zaniechanie wezwania wykonawcy REKO do uzupełnienia przedłożonych dowodów na należyte wykonanie usług potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. referencji poprzez nadanie im należytej formy tj. cyfrowego odwzorowania tych dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Jak wynika z dokumentacji postępowania podmiotowe środki dowodowe w postaci referencji zostały wraz z oświadczeniem w postaci wykazu usług złożone przez wykonawcę REKO w postaci skanu dokumentów sporządzonych pierwotnie w postaci papierowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ocenie składu orzekającego Izby w ww. stanie faktycznym przepis § 8 rozporządzenia Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie znajduje odpowiednie zastosowanie. Izba za prawidłowe uznała stanowisko zamawiającego, że: „Niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych. Kwalifikowany podpis elektroniczny, co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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). Na podstawie ww. przepisów kosztami postępowania Izba obciążyła zamawiającego kierując się wagą uwzględnionego zarzutu prowadzącego do wyeliminowania z postępowania oferty wykonawcy REKO.

Przewodniczący: