

**WYROK**  
z dnia 23 grudnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

z udziałem wykonawcy: **LIFTON POLSKA Sp. j. M. M., M. K., ul. Knurowska 16, 41-800 Zabrze** - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. „*Zakup i dostawa drobnego sprzętu do robót torowych*”, Numer referencyjny: ILG6d-231-01/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.08.2019 r. pod numerem 2019/S 156-386188.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu – wniósł odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego, zarzucając bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - Zadanie nr 2 oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy - spółki LIFTON Polska Spółka Jawna M. M. M. K. z siedzibą w Zabrze, mimo że była ona mniej korzystna od oferty Odwołującego.

Wymienionej czynności Zamawiającego, Odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami prawa stanowiącą naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 i 15 przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia przez Odwołującego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz złożył zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Odwołujący;
- b) art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a-c, pkt 14 i pkt 21 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5–6 przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurenta p. D. H., w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano orzeczenia, tytułem środka zapobiegawczego, zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne oraz nie wydano prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na

podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz złożył wniosek o przedłużenie przez Zamawiającego terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta p. D. H.;

- c) art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, m.in. przez domaganie się od wykonawcy Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce dokumentacji dotyczącej Spółki, która oddział ten utworzyła oraz nie odniesienie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta p. D. H. .

Odwołujący wniosł o: powtórzenie przez Zamawiającego czynności oceny ofert; unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania; unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy LIFTON Polska M. M. M. K. Spółka jawna.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

Odwołujący złożył ofertę na Zadanie nr 2.

W dniu 6 listopada 2019 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, że Odwołujący nie podlega wykluczenia oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wskazując, że dokumenty te powinny dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego, tj. Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH (dalej: Spółka), a nie Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce (dalej: Oddział).

W dniu 15 listopada 2019 r. Odwołujący złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty dotyczące zarówno Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH, jak i Oddziału w Polsce przedsiębiorcy zagranicznego.

W dniu 21 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że wszelkie dokumenty i oświadczenia powinny dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH, a nie Oddziału w Polsce przedsiębiorcy zagranicznego. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia m.in. oświadczenia Odwołującego o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych. Na złożenie tych dokumentów wyznaczono termin 6 dni.

W dniu 27 listopada 2019 r. Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty, w tym złożył zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Spółka. Jednocześnie Odwołujący wniosł o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W dniu 29 listopada 2019 r. Zamawiający jednakże zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania z uwagi na niezłożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurenta p. D. H., także zaświadczenia właściwego

naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, co zdaniem Zamawiającego oznacza, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający braku podstaw do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ani do złożonego zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Spółka.

Stanowisko Zamawiającego jest błędne. Po pierwsze, Odwołujący złożył wszelkie niezbędne dokumenty dotyczące wykonawcy, tj. oddziału przedsiębiorcy zagranicznego.

W przypadku, gdy wykonawcą biorącym udział w przetargu publicznym jest samodzielna, wyodrębniona jednostka - oddział przedsiębiorcy zagranicznego zarejestrowany w Polsce, brak jest podstaw żądania od Spółki zagranicznej, w tym przypadku Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH kompletnej dokumentacji, skoro wykonawca wykazał, że jako jednostka, tj. oddział nie podlega wykluczeniu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego prawidłowo wpisany do rejestru występuje w obrocie prawnym. Odwołujący złożył także oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez Oddział.

Nie sposób zgodzić się, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia także w odniesieniu do Spółki jako podmiotu zagranicznego.

Odwołujący, co prawda, nie złożył zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Spółka nie zalega z opłacaniem podatków, jednakże w sposób właściwy wykazał, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ponieważ złożył stosowne oświadczenie wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Odwołujący złożył również zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Spółka. Kwestia dokumentów potwierdzających brak zaległości w opłacaniu podatków została jednoznacznie rozstrzygnięta w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w uchwale z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO/KU 3/18, stwierdziła, że *„potwierdzeniem braku podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 PrZamPubl, jest oświadczenie tego wykonawcy. W konsekwencji inny dokument żądany na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia na podstawie tej przesłanki nie jest dokumentem niezbędnym w rozumieniu art. 25 ust. 1 PrZamPubl.”*

W związku z powyższym, wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Spółka nie zalega z opłacaniem podatków jest bezprawne, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków,

opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez Oddział oraz zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Spółka.

Bezprawne jest również wykluczenie Odwołującego z powodu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Spółka jest przedsiębiorcą zagranicznym. Oznacza to, że stosowne oświadczenie o niekaralności nie może zostać wydane przez Krajowy Rejestr Karny, lecz przez właściwy organ zagraniczny. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła (KIO 1965/10, KIO 2131/10 oraz KIO 2493/10), że w takich sytuacjach możliwe jest złożenie zamiast zaświadczenia stosownego oświadczenia wykonawcy. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie, wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano orzeczenia, tytułem środka zapobiegawczego, zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne oraz nie wydano prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp. Odwołujący złożył również wniosek o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wobec którego Zamawiający w ogóle się nie odniósł. Odwołujący uzyskał już stosowną informację z KRK, którą przedkłada w załączeniu.

W związku z powyższym, wykluczenie Odwołującego z powodu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego również jest bezprawne.

Mając na uwadze uchybienia, jakich dopuścił się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki (merytoryczne): 4. informacja z Krajowego Rejestru Karnego dotycząca p. H. D. H. .

Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie – wniósł, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, o:

- a. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że zostało wniesienie przez podmiot nieuprawniony, z daleko posuniętej ostrożności procesowej - ewentualnie, tj. w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku,
- b. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zarzutu określonego przez Odwołującego pod lit. c) na s. 2 odwołania w części dotyczącej naruszenia przepisów „*art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, m.in. poprzez domaganie się od Wykonawcy Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce*

*dokumentacji dotyczącej Spółki, która oddział ten utworzyła*”, z uwagi na to, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;

c. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji,

d. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, jak niżej.

I. (...)

II. Odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w myśl art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający podniósł, że Odwołujący wskazał w treści odwołania: *„Odwołujący złożył wszelkie niezbędne dokumenty dotyczące wykonawcy tj. oddziału przedsiębiorcy zagranicznego. W przypadku, gdy wykonawcą biorącym udział w przetargu publicznym jest samodzielna, wyodrębniona jednostka - oddział przedsiębiorcy zagranicznego zarejestrowany w Polsce, brak jest podstaw żądania od Spółki zagranicznej, w tym przypadku Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH kompletnej dokumentacji, skoro wykonawca wykazał, że jako jednostka tj. oddział nie podlega wykluczeniu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego prawidłowo wpisany do rejestru występuje w obrocie prawnym Odwołujący złożył także oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez Oddział”*.

Z powyższego oświadczenia wynika, że odwołanie zostało wniesione przez Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, a nie przez przedsiębiorcę zagranicznego w imieniu i na rzecz, którego działa oddział przedsiębiorcy zagranicznego. Odwołanie zostało więc wniesione przez podmiot nieuprawniony w myśl art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Podmiotami nieuprawnionymi do wniesienia odwołania w myśl art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp są podmioty, które nie zostały wskazane w art. 179 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odnośnie zdolności określonego podmiotu do występowania w roli wykonawcy rozstrzyga posiadanie przez niego podmiotowości prawnej i związanej z nią zdolności do składania oświadczeń woli oraz nabywania praw i zaciągania zobowiązań.

Zgodnie z ustawą z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium RP (t.j.

Dz.U. 2019 poz. 1079), przedsiębiorca zagraniczny może prowadzić na terytorium Polski działalność gospodarczą za pośrednictwem utworzonego w tym celu oddziału przedsiębiorcy w Polsce. Oddział taki nie posiada odrębnej osobowości prawnej, przez co korzysta z podmiotowości przedsiębiorcy zagranicznego. Jak wynika z art. 3 pkt 4 ww. ustawy, przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego należy rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności.

*W orzecznictwie przyjęto, że oddział posiada jedynie „samodzielność organizacyjną (jest wydzielony ze struktur formy macierzystej), natomiast nie posiada on możliwości prowadzenia działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek, zaś prowadzona działalność stanowi jedynie część działalności gospodarczej przedsiębiorcy zagranicznego. Zatem podmiotem prowadzącym działalność w Polsce pozostaje, pomimo utworzenia i funkcjonowania oddziału w Polsce, przedsiębiorca zagraniczny. W kontekście posiadanej podmiotowości prawnej, oddział nie jest odrębnym podmiotem w stosunku do jednostki macierzystej lecz jej częścią” (wyrok WSA w Poznaniu z 17.04.2014 r., I SA/Po 943/13, LEX nr 1460011), (zob. też komentarz do art. 14 ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium RP, Bielecki Leszek, Ruczkowski Piotr, Komentarz do ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, [w:] Konstytucja biznesu. Komentarz, LEX 2018).*

Powyższe potwierdzono w ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwie dotyczącym kwestii udziału oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2018 r. KIO 2281/18, KIO 2286/18, KIO 2291/18 wskazano, że *„zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Sądu Najwyższego, jakkolwiek oddział zagranicznej osoby prawnej jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej wykonywanej przez tę osobę prawną poza siedzibą tej osoby lub głównym miejscem wykonywania działalności, o tyle takie wyodrębnienie i samodzielność organizacyjna pojawiające się w kilku płaszczyznach nie jest równoznaczne w żaden sposób z przyznaniem oddziałowi zdolności prawnej czy sądowej na gruncie polskiego prawa w omawianym zakresie. Takimi zdolnościami dysponuje bowiem jedynie zagraniczna osoba prawna (zagraniczny przedsiębiorca) jako całość (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2013 r., I CSK 769/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 669/14). Powyższe stanowisko nie ulega zmianie na gruncie przepisów podatkowych, w świetle których oddział przedsiębiorcy zagranicznego, jak i sam przedsiębiorca zagraniczny są uznawane za jednego i tego samego podatnika, a oddział stanowi jedynie część składową przedsiębiorcy zagranicznego”.*



W Opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności”, (dostępna pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawypzp/warunki-udzialu-w-postepowaniu,-dokumenty-skladane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udzialu-w-postepowaniu/przedsiębiorca-zagraniczny-a-jego-oddział-wymog-przedstawienia-zaświadczenia-o-niekaralności>), wskazano: *„Oddział zagranicznego przedsiębiorcy stanowi zatem jedynie formę organizacyjno-prawną w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swoją działalność na terenie Polski. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy działa zatem w ramach podmiotu zagranicznego, w jego imieniu i na jego rzecz. Z powyższych względów oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w roli wykonawcy (por. wyrok KIO z dnia 2.09.2010., sygn. akt KIO 1809/10, wyrok KIO z dnia 17.11.2009., sygn. akt KIO/UZP 1400/09)”*.

W wyroku z dnia 14 grudnia 2006 r. (UZP/ZO/0-2909/06) Zespół Arbitrów uznał, że przedsiębiorca może prowadzić działalność gospodarczą na terenie naszego kraju, co jednak automatycznie nie oznacza, że oddział za pośrednictwem, którego działa, może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako niezależny wykonawca. W wyroku wskazano, że *„wykonawca powinien posiadać przymiot podmiotowości prawnej i związanej z nią zdolności do składania oświadczeń woli. Jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, które mogą występować jako wykonawca, powinny zgodnie z treścią art. 33<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) dalej k.c.), posiadać zdolność prawną - czyli zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, którą przyznaje im sam k.c. lub przepis szczególny. Wówczas stosuje się do nich odpowiednio przepisy o osobach prawnych i traktuje jako ułomne osoby prawne. Chodzi tu zatem o ”pewną” zdolność prawną przysługującą ”w większym lub mniejszym zakresie” jednostkom, o których mowa powyżej. Treść definicji oddziału nie wskazuje nawet, na jakiegokolwiek intencje ustawodawcy obdarzenia tej jednostki organizacyjnej zdolnością prawną. Nie wynika to z literalnego brzmienia omawianego przepisu ani tym bardziej z wykładni celowościowej. Owszem oddział posiada pewien stopień samodzielności i jest jednostką wyodrębnioną organizacyjnie, ale żaden przepis nie obdarza go zdolnością prawną czego wymaga norma art. 33<sup>1</sup> k.c. Oddział, zgodnie z opinią UZP nie jest wyposażony w atrybut zdolności prawnej oraz w będący jej konsekwencją przymiot zdolności do czynności prawnych. Oznacza to, że struktura podmiotowa określana mianem oddziału w żadnym wypadku nie może stać się samodzielnym podmiotem stosunku cywilnoprawnego i nie może praw i obowiązków o charakterze cywilnoprawnym nabywać we własnym imieniu.”*

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2013 r. (I CSK 769/12) rozstrzygnięto: *„(...) oddział przedsiębiorcy zagranicznego, podobnie jak również oddziały*

*innych przedsiębiorców, mimo że jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie (poprzez wyodrębnienie składników majątkowych, personelu pracowniczego, kierownictwa, księgowości itp.) częścią działalności gospodarczej wykonywanej przez przedsiębiorcę poza jego główną siedzibą, nie posiada odrębnej od przedsiębiorcy podmiotowości w sferze prawa cywilnego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 maja 2002 r., V CKN 1279/00, niepubl. i z dnia 21 maja 2004 r., V CK 502/03, niepubl., postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 9 maja 2007 r., II CSK 25/07, OSNC 2008, nr 5, poz. 52 oraz z dnia 27 października 2010 r., V CSK 96/10, niepubl., nadto wyrok NSA z dnia 18 marca 2011 r., II FSK i 773/09, niepubl.). Oddział przedsiębiorcy zagranicznego - z wyjątkiem głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń oraz głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji, do których ma zastosowanie szczególna regulacja zawarta w art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, według której główny oddział może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywany korzysta więc z osobowości prawnej przedsiębiorcy zagranicznego przy podejmowaniu czynności prawnych związanych z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Czynności prawne podejmowane w ramach oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dotyczą więc bezpośrednio samego przedsiębiorcę zagranicznego. Wobec braku zdolności prawnej oddziału przedsiębiorcy, w tym także przedsiębiorcy zagranicznego, nie posiada odrębnej od tego przedsiębiorcy zdolności sądowej (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 1994 r., III CZP 21/94, OSNC 1994, nr 11, poz. 203 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2004 r., IV CK 183/03, niepubl.)”.*

W uchwale KIO z 11 kwietnia 2011 r. KIO/KD 28/11 rozstrzygnięto: „Oddział przedsiębiorcy zagranicznego z uwagi na brak samodzielności w prowadzeniu działalności gospodarczej stanowi jedynie wyodrębnioną formę działalności przedsiębiorcy i może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnić rolę reprezentanta w ramach upoważnienia udzielonego przez przedsiębiorcę zagranicznego. Ponieważ ustawa, poza wyjątkami określonymi ustawowo, nie przyznaje oddziałowi przedsiębiorcy, ani zdolności prawnej ani też prawa wykonywania działalności gospodarczej we własnym imieniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą jest przedsiębiorca, a nie jego oddział. Nie jest też możliwe przyjęcie koncepcji udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oddziału jako wykonawcy (o statusie jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej), a następnie podpisanie umowy z innym wykonawcą tj. samym przedsiębiorcą chociażby ze względu na treść art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która daje możliwość podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

(...) *Kwestia dopuszczalności samodzielnego występowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, była wielokrotnie*

*przedmiotem orzeczeń zarówno Zespołu Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej. W „wyroku z dnia 14 grudnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2909/06) Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, iż ”oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze wykonawcy, ponieważ nie ma osobowości prawnej, a w konsekwencji nie może samodzielnie zaciągać praw i obowiązków we własnym imieniu i na własny rachunek. Dlatego formalnie ofertę powinien złożyć przedsiębiorca zagraniczny reprezentowany przez jego oddział działający w Polsce.” Powyższa linia orzecznicza została ugruntowana przez Zespół Arbitrów w orzeczeniach o następujących sygnaturach: UZP/ZO/0-2743/05, UZP/ZO/0-2831/05, UZP/ZO/0-3498/05, UZP/ZO/0-798/07, jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V Ca 84/07), w którym wskazano, iż ”oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie posiada zdolności prawnej ani prawa wykonywania działalności gospodarczej we własnym imieniu, co oznacza, że oddział nie może samodzielnie złożyć oferty, być stroną stosunku cywilno-prawnego i nie może zawrzeć we własnym imieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego”. Również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 164/09) stanęła na stanowisku, iż ”oferta oznaczona jako oddział przedsiębiorcy zagranicznego jest ofertą przedsiębiorcy, którego statusu prawny jest jasny i znany. Oddział nie jest odrębnym od przedsiębiorcy bytem prawnym, ani nie może składać nie będących czynnościami wykonawcy oświadczeń woli.”*

Zamawiający wskazał, że mając na uwadze przedstawione powyżej stanowiska, nie ulega wątpliwości, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze wykonawcy, ponieważ nie ma osobowości prawnej, a w konsekwencji nie może samodzielnie prowadzić działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własny rachunek, a zatem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w myśl art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i jako takie powinno podlegać odrzuceniu.

Z Formularza Ofertowego złożonego w postępowaniu wynika, że ofertę złożył następujący podmiot: Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, ul. Grabiszyńska 251a, 53-234 Wrocław.

W trakcie postępowania, mając na uwadze przywołane powyżej stanowiska wyrażane w orzecznictwie, Zamawiający uznał, że oferta została złożona przez przedsiębiorcę zagranicznego w imieniu i na rzecz którego działa oddział, dlatego też do tego wykonawcy zostało skierowane wezwanie z dnia 21 listopada 2019 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W treści wezwania, Zamawiający przywołał orzecznictwo na potwierdzenie tego poglądu. Wykonawca ten nie zaskarżył czynności Zamawiającego w drodze odwołania. Obecnie, Odwołujący w treści odwołania podkreślił jednak, że wykonawcą jest oddział przedsiębiorcy zagranicznego, z czego wynika, że odwołanie nie zostało złożone przez

wykonawcę, tylko przez odrębny od niego podmiot.

Abstrahując od powyższego, pomimo że odwołanie podlega odrzuceniu, Zamawiający wskazując, że miał na celu wyjaśnienie wszystkich okoliczności, odniósł się do zarzutów przedstawionych w treści odwołania.

III. Zarzut przedstawiony w lit. c) odwołania na s. 2 jest spóźniony

Zamawiający wskazał, że odwołanie w tym zakresie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, a zatem powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, m.in. poprzez:

- domaganie się od Wykonawcy Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce dokumentacji dotyczącej Spółki, która oddział ten utworzyła oraz
- nie odniesienie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta p. D. H.).

Zarzut jest spóźniony, ponieważ wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym Zamawiający przedstawił swoje stanowisko dotyczące udziału oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wezwał do złożenia odpowiednich dokumentów przez przedsiębiorcę zagranicznego, zostało skierowane w dniu 21 listopada 2019 r., a więc mogło zostać zakwestionowane poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który upływał w dniu 2 grudnia 2019 r. Odwołanie zostało wniesione w dniu 9 grudnia 2019 r., a zatem po upływie terminu określonego ustawą i w tym zakresie powinno podlegać odrzuceniu.

IV. Odwołujący nie sformułował zarzutów dotyczących wyboru oferty LIFTON Polska Spółka Jawna M. M. M. K.

Zamawiający podniósł, że na s. 1 odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty LIFTON Polska Spółka Jawna M. M. M. K., jednak w dalszej treści odwołania nie sformułował żadnych zarzutów dotyczących wykonawcy, bądź jego oferty, ani żadnych okoliczności faktycznych i prawnych. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp *„odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.”*

W świetle powyższego, odwołanie w zakresie dotyczącym kwestionowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie powinno podlegać rozpoznaniu.

V. Pozostałe argumenty przedstawione przez Odwołującego są niezasadne

Zamawiający nie podzielił w całości przedstawionych przez Odwołującego zarzutów i w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji.

1. Ad zarzut a), tj. naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 15 ustawy Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia przez Odwołującego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz złożył zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Odwołujący.

Zarzut jest całkowicie niezasadny.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że: *„Stanowisko Zamawiającego jest błędne, po pierwsze Odwołujący złożył wszelkie niezbędne dokumenty dotyczące wykonawcy tj. oddziału przedsiębiorcy zagranicznego. W przypadku, gdy wykonawcą biorącym udział w przetargu publicznym jest samodzielna, wyodrębniona jednostka - oddział przedsiębiorcy zagranicznego zarejestrowany w Polsce, brak jest podstaw żądania od Spółki zagranicznej, w tym przypadku Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH kompletnej dokumentacji, skoro wykonawca wykazał, że jako jednostka tj. oddział nie podlega wykluczeniu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego prawidłowo wpisany do rejestru występuje w obrocie prawnym. Odwołujący złożył także oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez Oddział. Co więcej, nie sposób zgodzić się, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia także w odniesieniu do Spółki jako podmiotu zagranicznego. Odwołujący co prawda nie złożył zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Spółka nie zalega z opłacaniem podatków, jednakże w sposób właściwy wykazał, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ponieważ złożył stosowne oświadczenie wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Odwołujący złożył również zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez holding, do którego przynależy Spółka”.*

Tak jak wskazano uprzednio, wykonawcą który złożył ofertę w postępowaniu był przedsiębiorca zagraniczny w imieniu i na rzecz którego działał oddział, wobec czego wszystkie dokumenty lub oświadczenia niezbędne do przeprowadzenia postępowania powinny dotyczyć bezpośrednio podmiotu posiadającego status wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp, a nie oddziału tak jak usiłuje wywieść Odwołujący. Takie stanowisko zostało potwierdzone w przytoczonej uprzednio opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Przedsiębiorca

zagraniczny a jego oddział - wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności”, w której wskazano, że „ponieważ zaś warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie wykonawcy posiadającego status przedsiębiorstwa zagranicznego, jego też, a nie jego reprezentanta (oddziału), powinny dotyczyć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

*Reasumując, należy wskazać, że zamawiający powinien oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego, a nie przez jego oddział w Polsce. W konsekwencji zaświadczenie o niekaralności powinno dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego i członków jego zarządu, a nie oddziału w Polsce i np. jego dyrektora”.*

Zamawiający wskazał, że określił podstawy wykluczenia w Rozdziale X ust. 1 SIWZ, zgodnie z którym w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których jest brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d i pkt 14 ustawy w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4, 5, 6 oraz 8 ustawy (przesłanki wykluczenia fakultatywne),

Wykonawca nie złożył dokumentów dotyczących podmiotu zagranicznego, tj.:

- a. Informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurenta p. D. H.,
- b. Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, pomimo, że Zamawiający wyznaczył wykonawcy w wezwaniu z dnia 21 listopada 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odpowiedni termin na ich przedstawienie, tj. 6 dni. Z uwagi na niezadośćuczynienie przez wykonawcę temu wezwaniu, Zamawiający był zobligowany do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Odwołujący wskazał w odwołaniu niewłaściwą podstawę prawną, tj. art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, do którego naruszenia nie doszło.

Zamawiający podniósł, że zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków jest według § 5 pkt 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016 poz. 1126, dalej: „Rwd”) jednym z dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, a nie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zgodnie z § 5 pkt 5 Rwd, dokumentem potwierdzającym brak podstawy

wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. pkt 15 ustawy Pzp jest oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

Fakt niezłożenia wymaganych dokumentów przez Spółkę zagraniczną jest bezsporny w sprawie, a więc zupełnie nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że „nie sposób zgodzić się, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia także w odniesieniu do Spółki jako podmiotu zagranicznego”, ponieważ oświadczenie na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp nie zastępuje zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków w myśl art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Z uwagi na to, że wykonawcą w postępowaniu jest przedsiębiorca zagraniczny, a nie holding, czy oddział, wykonawca powinien złożyć wszelkie niezbędne dokumenty dotyczące przedsiębiorcy zagranicznego. Zatem, złożenie dokumentów dotyczących holdingu potwierdza brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do tego podmiotu, który jest odrębnym podmiotem od Spółki zagranicznej, która złożyła ofertę w postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca już w dniu składania ofert znał zakres dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wobec czego jako przedsiębiorca j profesjonalista powinien wykazać się w swoim działaniu należyłą starannością wymaganą od przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 355 § (...) k.c. i być w posiadaniu wymaganych dokumentów już w dniu składania ofert (zgodnie z regulacją art. 355 k.c. - „dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)”, „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”). Wykonawca dopiero ostatniego dnia wyznaczonego na złożenie uzupełnionych dokumentów (późnym popołudniem) zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo że miał na to aż 6 dni -- taka późna reakcja wykonawcy również świadczy o braku zachowania przez niego należytej staranności.

2. Ad zarzut b), tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a-c, pkt 14 i pkt 21 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5-6 Pzp, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niezłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurenta p. D. H., w sytuacji, gdy Odwołujący złożył oświadczenie, w którym oświadczył, że wobec Odwołującego nie wydano orzeczenia, tytułem środka zapobiegawczego, zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne oraz nie wydano

prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz złożył wniosek o przedłużenie przez Zamawiającego terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta p. D. H.

i

Ad zarzut c), tj. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję; m.in. poprzez domaganie się od wykonawcy Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce dokumentacji dotyczącej Spółki, która oddział ten utworzyła oraz nie odniesienie się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej prokurenta p. D. H. .

Zamawiający podkreślił, że podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania był art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia, wobec czego nie jest zasadne formułowanie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a-c, pkt 14 i pkt 21 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 5-6 ustawy Pzp. Odwołujący ponownie myli zakres dokumentów wymaganych od wykonawcy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, ponieważ na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp zgodnie z § 5 pkt 1 Rwd konieczne jest złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest zgodnie z § 5 pkt 6 Rwd dokumentem na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Wspomniane oświadczenie jest więc zupełnie innym dokumentem niż informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

Z kolei informacja z Krajowego Rejestru Karnego jest dokumentem składanym na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp (zgodnie z odpowiednio § 5 pkt 1, 7 Rwd).

Zamawiający w treści pisma wskazał, że *„szczegółowy sposób składania dokumentów przez przedsiębiorcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP został opisany w Rozdziale XII pkt 5 SIWZ. Dokumenty wystawione w języku obcym winny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski”*. Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ pkt 5 i 13 określił zasady dotyczące składania dokumentów lub oświadczeń przez podmioty zagraniczne, a więc nie jest prawdą twierdzenie, że żądanie Zamawiającego sformułowane w wezwaniu z dnia 21 listopada określił, że wymaga konkretnie złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, a nie przez organ zagraniczny. .

W Niemczech dokument potwierdzający niekaralność podmiotów zbiorowych jest wydawany



przez Bundesamt für Justiz, Federalny Urząd Sprawiedliwości, Prokurator Federalny przy Trybunale Federalnym (zob. Granecka I. Postępowanie wykonawcy w zamówieniach publicznych. Komentarz praktyczny, tryby zamówieniowe, dokumenty przetargowe, postępowanie odwoławcze 2018, wyd. 1, Legalis), a więc istnieje możliwość uzyskania takiego dokumentu i nie ma konieczności składania przez wykonawcę oświadczenia własnego w tym zakresie.

W tej sprawie Zamawiający skierował do wykonawcy wezwanie, wyznaczając mu 6-dniowy termin na odpowiedź. Uznaje się, że terminy, o których mowa w art. 26 ust. 3, 3a i 4 Pzp, powinny umożliwić wykonawcy złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania lub udzielania wyjaśnień dotyczących tych oświadczeń i dokumentów, a także złożenia wymaganych pełnomocnictw. Zasadą jest, że istotą wezwania do uzupełniania dokumentów jest możliwość przedłożenia przez wykonawcę dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia (bądź też dokumentów przedmiotowych), które wykonawca powinien posiadać już w momencie upływu terminu składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO 691/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że *„Odpowiedni termin to (...) termin, który jest realny do dochowania w danej sytuacji. Niewątpliwie termin do uzupełnienia dokumentów doręczony w piątek po południu, a upływający w poniedziałek, jest terminem krótkim. Choć formalnie trzydniowy, w praktyce skraca się do jednego dnia. Zasadą oczywiście jest, że wykonawca powinien dysponować wszystkimi dokumentami w dniu składania ofert, jednak skoro ustawodawca dopuścił uzupełnianie dokumentów - nie można wykluczyć, że w niektórych przypadkach znajdzie konieczność pozyskania dokumentu od osoby trzeciej; wykonawca dopiero po otrzymaniu wezwania może się zorientować, o jaki dokument chodzi”*.

W wyroku z dnia 11 kwietnia 2014 r., 631/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że *„wyznaczenie wykonawcy na uzupełnienie dokumentów terminu kilkudniowego w warunkach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i szybkości tego postępowania i generalnie krótkich terminów ustawowych nie jest czymś nadzwyczajnym. Istotą wezwania do uzupełniania dokumentów jest możliwość przedłożenia przez wykonawcę dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (bądź też dokumentów przedmiotowych), które wykonawca powinien posiadać już w momencie upływu terminu składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oczekiwanie ze strony wykonawcy, prezentowane w treści rozpoznawanego przez Izbę odwołania, że termin na uzupełnienie dokumentów musi pozwolić wykonawcy na pozyskanie*

*nowych osób i odpowiednich dla nich dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest nieuprawnione. Wykonawca przede wszystkim na dzień składania ofert (upływ terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) powinien dysponować określonym potencjałem i dokumentami go potwierdzającymi”.*

W tej sprawie, Zamawiający wyznaczył aż 6 dni na złożenie tych dokumentów, podczas gdy w orzecznictwie uznaje się, że nawet termin 3-dniowy jest wystarczający. Do 3-dniowego terminu na złożenie oświadczeń i dokumentów Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r., KIO 2500/17, w którym stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisów Pzp określając termin 3 dniowy na złożenie oświadczeń i dokumentów. Izba rozstrzygnęła, że zakres żądanych przez zamawiającego dokumentów wynika wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są to dokumenty standardowo wymagane w tego typu postępowaniach, które mogą być przygotowane przez wykonawcę wcześniej - np. na dzień składania ofert. W ocenie KIO skompletowanie tych dokumentów zatem nie wymaga znacznego nakładu pracy. Ponadto odwołujący nie wykazał w żadnym stopniu zasadności twierdzenia, że określenie minimalnego terminu, w jakim zamawiający nakazać może wybranemu wykonawcy przedłożenie wymaganych oświadczeń i dokumentów w terminie nie krótszym niż 3 dni narusza zasadę proporcjonalności lub uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tak jak wskazano uprzednio, wykonawca już w dniu składania ofert znał zakres dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, wobec czego jako przedsiębiorca i profesjonalista powinien wykazać się w swoim działaniu należyłą starannością wymaganą od przedsiębiorcy, o której mowa w art. 355 § (...) k.c. i być w posiadaniu wymaganych dokumentów już w dniu składania ofert. Wykonawca dopiero ostatniego dnia wyznaczonego na złożenie uzupełnionych dokumentów (późnym popołudniem) zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo że miał na to aż 6 dni - taka późna reakcja wykonawcy również świadczy o braku zachowania przez niego należytej staranności. Ponadto żaden przepis ustawy Pzp nie przewiduje obowiązku zamawiającego udzielania odpowiedzi na wniosek o przedłużenie wyznaczonego terminu, wobec czego Zamawiający nie był zobligowany do wyrażenia zgody w tym zakresie.

Zamawiający zauważył, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zostało skierowane do wykonawcy w dniu 6 listopada, a wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - w dniu 21 listopada. Do upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie (tj. do dnia 27 listopada 2019 r.) upłynęło więc łącznie aż 21 dni.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy: LIFTON POLSKA Sp.j. M. M., M. K. z siedzibą w Zabrze - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że w wyniku skutecznego przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym też Przystępującym.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Izba uznała, że zgodnie z czynnościami Zamawiającego dokonanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. badanie i ocena oferty, wezwania Odwołującego do składania dokumentów i oświadczeń, dopuszczenie i udział w aukcji elektronicznej; a także na podstawie wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu; oraz biorąc pod uwagę wskazane regulacje prawne, orzecznictwo KIO i sądowe

– odwołanie wniósł wykonawca: Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH, w którego imieniu i na jego rzecz czynności wykonuje Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu, a więc ten sam podmiot, którego oferta została przyjęta przez Zamawiającego jako oferta przedsiębiorcy zagranicznego reprezentowanego przez Oddział w Polsce.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt a) i b) odwołania i odpowiednio powiązanych z nimi żądań, uznając, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego – na skutek czynności Zamawiającego została sklasyfikowana jako oferta z najkorzystniejszym wynikiem uzyskanym w aukcji elektronicznej.

Zarzut w pkt c) odwołania, co do którego Odwołujący powziął informacje o czynności Zamawiającego w dniu 6 listopada 2019 r. oraz ponownie w dniu 22 listopada 2019 r. (data doręczenia wezwania z dnia 21 listopada 2019 r.), został przedstawiony po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Termin kwestionowania czynności i zaniechania czynności w rozumieniu konstrukcji wskazanego zarzutu upłynął, zgodnie z niepodważonym ustaleniem na podstawie informacji Zamawiającego, odpowiednio 18 listopada 2019 r. i 2 grudnia 2019 r. Nie wystąpiła potrzeba merytorycznego zagłębienia się w to zagadnienie, aczkolwiek podnoszona kwestia – żądania dokumentów dotyczących przedsiębiorcy zagranicznego i nie przedłużenia wyznaczonego terminu na ich złożenie, stanowiła w części uzasadnienie faktyczne zarzutów z pkt a) i b) odwołania.

Wymagania w zakresie oświadczeń i dokumentów w przedmiocie wykazania braku

podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, wynikają – w pierwszej kolejności – z ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Żądanie przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów w rozumieniu ustawy Pzp z uwzględnieniem żądanego zakresu, jest obowiązkiem Zamawiającego. Przedłużenie terminu złożenia żądanych oświadczeń i dokumentów jest uprawnieniem Zamawiającego w przeciwieństwie do obowiązku, co w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp pozwala przyjąć, że nie może stanowić podstawy zarzutu. Termin złożenia dokumentów, wyznaczony wezwaniami z 6 i 21 listopada 2019 r., tworzył łączny okres 21 dni, co w świetle przedstawionego w postępowaniu odwoławczym orzecznictwa nie pozwala uznać, że wyznaczony termin uzasadniał wniosek o jego przedłużenie.

Status oddziałów krajowych reprezentujących przedsiębiorców zagranicznych (wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp) został jednoznacznie określony.

Oddział krajowy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wydzielona część przedsiębiorcy zagranicznego – w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1079, z późn. zm.) zgodnie z art. 3 pkt 4 stanowi – *wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności*.

Z analizy art. 2 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c. (stosowanym na podstawie art. 14 ust. 1 Pzp) i regulacji wskazanej w ustawie z 6 marca 2018 r. wynika, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie jest wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z przywołanego przez strony orzecznictwa (aczkolwiek nie we wszystkich przypadkach adekwatnego do rozpoznawanego stanu faktycznego), powtórnego w całości zgodnie z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie we wstępnej części uzasadnienia Izby (bez potrzeby ponownego przytaczania zarówno stanu faktycznego jaki i argumentacji prawnej w tej części uzasadnienia) wynika, że oferta oddziału przedsiębiorcy zagranicznego stanowi ofertę tego przedsiębiorcy. Tak też Zamawiający przyjął i oceniał ofertę Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czego Odwołujący był świadomy akceptując wymagania określone w wezwaniach Zamawiającego z 6 i 21 listopada 2019 r.

Na podstawie akt sprawy, postępowania dowodowego przeprowadzonego ze złożonych dokumentów oraz wyjaśnień stron i Przystępującego, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zasadne jest stanowisko Zamawiającego i Przystępującego wskazujące chronologicznie

stan faktyczny sprawy i argumentację prawną czynności Zamawiającego – ze skutkiem wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia (Zawiadomienie z 29 listopada 2019 r.).

Ofertę, zgodnie z wyżej przedstawionym wywozem, złożył przedsiębiorca zagraniczny reprezentowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Oddział w Polsce, utworzony (wydzielony, wyodrębniony) przez przedsiębiorcę zagranicznego jako część swojej działalności prowadzonej poza granicami swojego kraju (*poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności*).

Potwierdzeniem tych ustaleń jest także zezwolenie i wsparcie spółki niemieckiej w przedmiocie zgłoszenia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, których to czynności miał dokonać Oddział reprezentujący zagranicznego przedsiębiorcę.

Odwołujący, zgodnie z obowiązującym prawem, był zobowiązany do wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania przez złożenie wymaganych dokumentów właściwych dla przedsiębiorcy zagranicznego.

Wezwanie z 6 listopada 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – [*lżba wskazała wyłącznie dokumenty stanowiące przedmiot sporu*] dotyczyło: pkt 1 lit. c) –Informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurentów; pkt 1 lit. d) –zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków. W przedostatnim akapicie wezwania Zamawiający wskazał, że: *Dokumenty, opisane w pkt 1 winny dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego, tj. Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH.* – termin złożenia dokumentów do 18 listopada 2019 r. – 12 dni.

Wezwanie z 21 listopada 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczyło: pkt 3 – Informacji z KRK dotyczącej podmiotu zbiorowego oraz prokurenta p. D. H.; pkt 4 – zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków.

Zamawiający powołał się w wezwaniu na postanowienia SIWZ odnośnie przedsiębiorcy zagranicznego oraz zamieścił uzasadnienie prawne wskazujące, że wykonawcą w postępowaniu jest przedsiębiorca zagraniczny, a nie Oddział w Polsce. Termin złożenia dokumentów do 27 listopada 2019 r. (licząc od 22 listopada 2019 r. tj. doręczenia wezwania, wynosił 5 dni).

Odwołujący nie złożył informacji z KRK dla podmiotu zbiorowego i prokurenta p. D. H., co jednoznacznie potwierdził w odwołaniu i na rozprawie. Ostatni z dokumentów załączył do odwołania.

Zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego powinno odnosić się do przedsiębiorcy

zagranicznego.

Przedłożone na rozprawie *Zaświadczenie w sprawach podatkowych* Urzędu Skarbowego w Traunstein z 26.11.2019 r. dotyczy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ROBEL, Holding GmbH, Industriestr. 31, 83395 Freilassing, która jak wynika z *Zaświadczenia notarialnego (listy wspólników)* z 28 czerwca 2019 r. występuje jako dwie spółki o tej samej nazwie i statusie - ROBEL Holding GmbH - dwóch wspólników o łącznym procentowym udziale w kapitale zakładowym 100% w spółce zagranicznej będącej wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia i jednocześnie Odwołującym w postępowaniu odwoławczym. Zaświadczenie w sprawach podatkowych nie zostało przedłożone Zamawiającemu, oświadczenie Zamawiającego w tym przedmiocie nie zostało podważone przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził: *Odwołujący, co prawda, nie złożył zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że Spółka nie zalega z opłacaniem podatków, jednakże w sposób właściwy wykazał, że wobec Odwołującego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ponieważ złożył stosowne oświadczenie wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.*

Termin na wykonanie czynności do jakich został wezwany Odwołujący był odpowiedni, mając na uwadze daty wezwań przez Zamawiającego także fakt, że Oddział przedsiębiorcy zagranicznego, reprezentujący przedsiębiorcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien ustalić zasady udziału przedsiębiorcy w stosownym czasie.

Oświadczenia Odwołującego o innym zakresie i dla wykazania innych okoliczności, w tym: *oświadczenie wedle wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ*, nie mogły być uznane jako dokumenty wymagane przez Zamawiającego w zakresie objętym przedmiotem sporu.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie w tym przedmiocie.

Wskazać należało także, że podstawy prawne zarzutów nie w pełni zostały przedstawione jako adekwatne do okoliczności faktycznych zarzutów.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w *Zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)* z dnia 29 listopada 2019 r.

Reasumując, brak było podstaw do uwzględnienia żądań Odwołującego: nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy LIFTON POLSKA Sp.j. M. M., M. K. .

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....