

Sygn. akt: KIO 421/20

WYROK
z dnia 22 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawcę Control Process S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie przy udziale:

- wykonawcy Stal-Systems S.A. w Siemianowicach Śląskich,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Acciona Industrial S.A. w Alcobendas (Hiszpania) i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - 1.1. częściowo zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 14, 21 w zw. z art. 22a ust. 3 oraz art. 25 ust. 2 p.z.p. i § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez uznanie, że wykonawca Stal-Systems S.A. w Siemianowicach Śląskich oraz konsorcjum Acciona Industrial S.A.

w Alcobendas (Hiszpania) i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie wykazali brak istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 p.z.p. przedstawiając oświadczenia członków zarządu podmiotu trzeciego - General Electric International, Inc. oraz nie przedstawiając dokumentu w zakresie niekaralności podmiotu zbiorowego,

- 1.2. zarzutu naruszenia art. 22a ust. 2 w zw. z art. 9 ust. 2 p.z.p. poprzez uznanie za skuteczne i wiążące dokumenty złożone w imieniu podmiotów trzecich przez wykonawcę Stal-Systems w Siemianowicach Śląskich w zakresie General Electric International, Inc. - w sytuacji, gdy nie przedstawiono dokumentu rejestrowego tego podmiotu, wskazującego na zasady reprezentacji spółki i Astebo GmbH - w sytuacji, gdy przedstawiono dokument rejestrowy w języku obcym (niemieckim) oraz przez konsorcjum Acciona Industrial S.A. w Alcobendas (Hiszpania) i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie w zakresie General Electric International, Inc. - w sytuacji, gdy nie przedstawiono dokumentu rejestrowego tego podmiotu, wskazującego na zasady reprezentacji spółki, co stanowi także naruszenie w pkt 14.1.7 instrukcji dotyczącej prowadzonego postępowania,

2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy Stal-Systems S.A. w Siemianowicach Śląskich oraz konsorcjum Acciona Industrial S.A. w Alcobendas (Hiszpania) i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie,
 - 2.2. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykonawcy Stal-Systems S.A. w Siemianowicach Śląskich oraz konsorcjum Acciona Industrial S.A. w Alcobendas (Hiszpania) i Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie do uzupełnienia dokumentu o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w stosunku do General Electric International, Inc w Cincinnati (USA) będącego podmiotem trzecim, na którego zasoby wykonawcy powołują się w postępowaniu,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie i:

- 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Control Process S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie na rzecz Control Process S.A. w Krakowie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 22 maja 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 421/20

Zamawiający – PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa turbiny gazowej z kotłem odzyskowym parowo-wodnym oraz gazowo-olejowych kotłów rezerwowo-szczytowych, parowo-wodnych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Bydgoszczy”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2019 r. pod numerem 2019/S 205-500638, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na robotę budowlaną, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie dialogu konkurencyjnego.

W dniu 27 lutego 2020 r. środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Control Process S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (dalej zwany jako „odwołujący”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- I. W stosunku do wniosku Konsorcjum Mostostal:
 1. art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12,14, 21 PZP w zw. z art. 22a ust. 3 PZP oraz art. 25 ust. 2 PZP i § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - poprzez uznanie, że Konsorcjum Mostostal wykazało brak istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 PZP przedstawiając oświadczenia członków zarządu podmiotu trzeciego - General Electric International, Inc. oraz nie przedstawiając dokumentu w zakresie niekaralności podmiotu zbiorowego,
 2. art. 22a ust. 2 PZP w zw. z art. 9 ust. 2 PZP - poprzez uznanie za skuteczne i wiążące dokumenty złożone w imieniu podmiotów trzecich, tj.:
 - a) General Electric International, Inc. - w sytuacji, gdy nie przedstawiono dokumentu rejestrowego tego podmiotu, wskazującego na zasady reprezentacji spółki,

- b) Astebo GmbH - w sytuacji, gdy przedstawiono dokument rejestrowy w języku obcym (niemieckim);

Jak również naruszenie w tym zakresie wymagania określonego w pkt 14.1.7 dokumentu „INSTRUKCJA DOTYCZĄCA PROWADZONEGO POSTĘPOWANIA (WYMAGANIA FORMALNE)".

II. W stosunku do wniosku wykonawcy Stal-Systems S.A.:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 22a ust. 3 PZP oraz art. 25 ust. 2 PZP i § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - poprzez uznanie, że Stal-Systems S.A. wykazało brak istnienia przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 PZP przedstawiając oświadczenia członków zarządu podmiotu trzeciego - General Electric International Inc. oraz nie przedstawiając dokumentu w zakresie niekaralności podmiotu zbiorowego,
2. art. 22a ust. 2 PZP w zw. z art. 9 ust. 2 PZP - poprzez uznanie za skuteczne i wiążące dokumenty złożone w imieniu podmiotu trzeciego, tj.: General Electric International, Inc. - w sytuacji, gdy nie przedstawiono dokumentu rejestrowego tego podmiotu, wskazującego na zasady reprezentacji spółki;

Jak również naruszenie w tym zakresie wymagania określonego w pkt 14.1.7 dokumentu „INSTRUKCJA DOTYCZĄCA PROWADZONEGO POSTĘPOWANIA (WYMAGANIA FORMALNE)".

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie Konsorcjum Mostostal oraz Stal-Systems S.A., powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dla ww. podmiotów i uznanie, że nie spełniają one warunków udziału w postępowaniu i podlegają wykluczeniu, a w konsekwencji podmioty te nie będą uczestniczyć w dalszym toku postępowania.

W zakresie uzasadnienia zarzutów dotyczących zaświadczeń o niekaralności odwołujący podniósł co następuje. Obaj wykonawcy polegają na zasobach podmiotu trzeciego - amerykańskiej firmy General Electric International, Inc., tym samym - zgodnie z treścią art. 22a ust. 3 p.z.p., koniecznym jest m.in. zbadanie, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 p.z.p. W wykonaniu tego zobowiązania zamawiający wskazał w ostatnim zdaniu pkt 14 dokumentu „Instrukcja dotycząca prowadzonego postępowania (wymagania formalne) (dalej jako „Instrukcja”) wymaganie w brzmieniu „W przypadku korzystania przez Wykonawcę z zasobów innego podmiotu na warunkach określonych w art. 22a Ustawy PZP, przedmiotowe dokumenty składa każdy z tych podmiotów."

Odnosząc się do wymagania w zakresie złożenia zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego lub ich zagranicznych odpowiedników, stwierdzić należy, że wymaganiem w postępowaniu - zarówno wynikającym wprost z ustawy, jak i z decyzji zamawiającego, było przedstawienie dokumentów poświadczających nieistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 13 - 14 p.z.p., na co jednoznacznie wskazuje brzmienie pkt 14.1.3 Instrukcji. W tym zakresie oba podmioty (tj. Konsorcjum Mostostal oraz Stal-Systems S.A.) przedstawiły oświadczenia osób fizycznych (wg. oświadczeń będących członkami rady dyrektorów firmy General Electric International, Inc.) złożone przed notariuszem w USA, w których to oświadczeniach osoby te stwierdzają, że nie były karane za przestępstwa o których mowa w ustawie p.z.p. Oświadczenia takie nie mogą jednak zostać uznane za spełniające wymagania wynikające z przepisów prawa. Zarówno bowiem rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „rozporządzenie o dokumentach”) (w § 7 ust. 3), jak i Instrukcja (w pkt 14.4) stwierdzają, że zastąpienie dokumentu urzędowego jest możliwe tylko wtedy, gdy „w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1”, co w sprawie niniejszej nie ma miejsca.

Zdaniem odwołującego kwestia ta wielokrotnie była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą, które jednoznacznie rozstrzygnęła, że w USA wydaje się dokumenty w zakresie karalności. W wyroku KIO 420/19 z dnia 27 marca 2019 r., Izba wskazała, że w USA możliwa jest karalność zarówno na szczeblu stanowym, jak i federalnym, oraz że stosowne dokumenty są w USA wydawane.

Natomiast w wyroku KIO 410/18 z dnia 27 marca 2018 r. stwierdzono: „dla osób mających miejsce zamieszkania w USA, stan Nowy Jork, możliwe są do pozyskania urzędowe dokumenty potwierdzające niekaralność członków zarządu spółki zarówno na poziomie lokalnym, stanowym czy federalnym, a to z kolei oznacza, że oświadczenie złożone przed notariuszem nie jest dokumentem właściwym, zgodnym z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem dokumentami właściwymi są dokumenty urzędowe, wydane przez stosowne instytucje. Stanowisko takie znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide*: wyrok z dnia 8 marca 2016 r., sygn. akt KIO 249/16, wyrok z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2394/16). Dodatkowo Izba wskazuje, iż z oficjalnej strony internetowej Departamentu Stanu USA ([link](#)), wynika, iż w Stanach Zjednoczonych różne organy mogą wydawać zaświadczenia, stanowiące ekwiwalent zaświadczeń o niekaralności wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny. Organami tymi są, między innymi policja danego stanu, Federalne Biuro Śledcze (Federal Bureau of Investigation, FBI), a

także Sądy Okręgowe okręgu zamieszkania osób, których one dotyczą. Informacja, że w Stanach Zjednoczonych wydawane są tego typu zaświadczenia (także przez policję) jest również dostępna na oficjalnej stronie FBI (link). Obywatelowi amerykańskiemu przysługuje zatem uprawnienie dokonania wyboru według potrzeb, które z zaświadczeń potwierdzających fakt, że nie figuruje on w rejestrach kryminalnych potwierdzać będzie jego niekaralność." Odwołujący wskazał na adresy stron internetowych, gdzie w jego ocenie znajdują się aktualne informacje dotyczące ww. danych, podanych w przywołanym wyroku Izby.

Dodatkowo, w wyroku KIO 2292/18 z dnia 20 listopada 2018 r., Izba wskazała: „Odnosząc się do pierwszej z tych kwestii, należy wskazać, że z utrwalonej linii orzeczniczej KIO wynika, że w celu wykazania braku karalności za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp w odniesieniu do osób zamieszkałych w USA, nie jest wystarczające oświadczenie złożone przed notariuszem. Dla osób mających miejsce zamieszkania w USA możliwe są bowiem do pozyskania urzędowe dokumenty potwierdzające niekaralność członków zarządu i rady nadzorczej spółki zarówno na poziomie lokalnym, stanowym czy federalnym, a to z kolei oznacza, że oświadczenie złożone przed notariuszem nie jest dokumentem właściwym, zgodnym z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem dokumentami właściwymi są dokumenty urzędowe, wydane przez stosowne instytucje."

Dalej odwołujący podniósł, iż korzystając z wyszukiwarek internetowych można znaleźć wzory takich dokumentów wydawanych zarówno na szczeblu stanowym, jak i federalnym (dowód: wydruki wzorów dokumentów poświadczających niekaralność wydanych w USA). Dodano, że zwrócono się także z odpowiednim zapytaniem do Ambasady USA w Polsce, skąd także uzyskano odpowiedź potwierdzającą okoliczność wydawania urzędowych dokumentów w zakresie karalności (dowód: e-mail z ambasady USA).

Ponadto w stanach, które pojawiają się w złożonych oświadczeniach, wydaje się urzędowe dokumenty, co potwierdzają strony internetowe:

- <https://dsp.delaware.gov/obtainine-a-certified-criminal-history/> - dla stanu Delaware,
- <https://www.ohioattorneygeneral.gov/backgroundcheck> - dla stanu Ohio,
- <https://www.cincinnati-oh.gov/police/cpd-fingerprint-services/> - dla Cincinnati.

W ocenie odwołującego powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że Konsorcjum Mostostal oraz wykonawca Stal-Systems S.A. nie wykazały - w stosunku do podmiotu trzeciego General Electric International, Inc. - niekaralności członków organu zarządzającego, zatem wykonawcy powinni zostać wykluczeni przez zamawiającego z postępowania.

Według odwołującego analogiczna sytuacja ma miejsce w zakresie wykazania niekaralności podmiotu zbiorowego - w dokumentacji obu wykonawców brak jest jakiegokolwiek dokumentu w tym zakresie, dotyczącego podmiotu General Electric International, Inc. Brak rzeczonoego dokumentu jest kolejnym powodem, dla którego wykonawcy winni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu. Niewątpliwie wykonawcy mieli świadomość konieczności złożenia rzeczonych dokumentów, gdyż przedstawili dokumenty dla innych podmiotów trzecich - Konsorcjum Mostostal dla LOOS Centrum Sp. z o.o. i Astebo GmbH, natomiast wykonawca Stal-Systems S.A. dla Astebo GmbH.

W uzasadnieniu pozostałych zarzutów odwołujący wskazał, iż Konsorcjum Mostostal oraz wykonawca Stal-Systems S.A. nie przedstawiły dla podmiotu trzeciego General Electric International, Inc. także żadnego dokumentu urzędowego, wskazującego sposób reprezentacji, będącego odpowiednikiem odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego. Zgodnie z pkt 14.1.7 Instrukcji dokument taki jest wymagany w niniejszym postępowaniu. Brak dokumentu uniemożliwia weryfikację, czy oświadczenia za podmiot trzeci zostały odpowiednio umocowane osoby, zatem w konsekwencji uniemożliwia weryfikację, czy w istocie wykonawcy dysponują zasobami, na które się powołują.

Odwołujący dodał, że w stanie Delaware istnieje obowiązek składania corocznego raportu obejmującego m.in. skład organów reprezentacji, tym samym możliwe jest pozyskanie urzędowego dokumentu w tym zakresie. Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego wyłącznie Konsorcjum Mostostal odwołujący uzupełnił, że wykonawca złożył dokument zatytułowany „Auszug mit aktuellen Daten” w języku niemieckim. Dokument ten najprawdopodobniej jest odpowiednikiem polskiego odpisu z KRS, jednak zgodnie z art. 9 ust. 2 p.z.p. „Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim”, zaś w oparciu o pkt 3.8 Instrukcji „Dokumenty sporządzone w języku obcym winny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.”. Tym samym uznać należy, że dokument złożony wyłącznie w języku obcym nie może zostać uwzględniony jako prawidłowy w niniejszym postępowaniu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 14, 21 w zw. z art. 22a ust. 3 oraz art. 25 ust. 2 p.z.p. i § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. 2016 r. poz. 1126 ze zm., dalej: „rozporządzenie w sprawie

rodzajów dokumentów" lub „rozporządzenie"), zamawiający podniósł, że zarzut ten jest całkowicie chybiony i niezasadny.

Zamawiający wskazał na treść § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia i podniósł, że wbrew stanowisku odwołującego w Stanach Zjednoczonych brak jest jednego centralnego rejestru, który potwierdzałby brak karalności osób wchodzących w skład zarządu danego podmiotu. Stany Zjednoczone są państwem federacyjnym, gdzie każdy z 50 stanów posiada odrębne prawo stanowione, możliwa jest zatem karalność zarówno na poziomie stanowym, jak i federalnym. Przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jednoznacznie odnoszą się zaś do odpowiedniego rejestru, który w Stanach Zjednoczonych w przeciwieństwie do Polski nie występuje. Zaznaczyć należy, że w Polsce jako państwie unitarnym istnieje jeden rejestr karny - Krajowy Rejestr Karny i uzyskanie dokumentu z tego rejestru służy potwierdzeniu karalności lub jej braku w stosunku do danej osoby.

W przypadku braku takiego rejestru rozporządzenie dopuszcza możliwość przedstawienia innego równoważnego dokumentu. Racjonalny ustawodawca celowo użył zwrotu równoważny, co miało służyć wskazaniu, iż nie jest wystarczające przedstawienie dowolnego dokumentu. Zgodnie bowiem z definicją zwrotu równoważny na stronie PWN, równoważny to mający równą wartość, równe znaczenie z czymś. Skoro jednak w Stanach Zjednoczonych nie ma centralnego rejestru karnego to wykonawca powinien przedstawić dokument równoważny, jak zaś wskazało KIO w cytowanym przez odwołującego wyroku z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 410/18, KIO 449/18, 471/18 „Dodatkowo Izba wskazuje, iż z oficjalnej strony internetowej Departamentu Stanu USA ([link](#)) wynika, iż w Stanach Zjednoczonych różne organy mogą wydawać zaświadczenia, stanowiące ekwiwalent zaświadczeń o niekaralności wydawanych przez Krajowy Rejestr Karny. Organami tymi są, między innymi policja danego stanu, Federalne Biuro Śledcze (Federal Bureau of Investigation, FBI), a także Sądy Okręgowe okręgu zamieszkania osób, których one dotyczą."

Wobec czego, skoro różne organy w Stanach Zjednoczonych mogą wydawać zaświadczenia, jednak ich zakres może się różnić, to zdaniem zamawiającego należy uznać, iż w Stanach Zjednoczonych nie wydaje się dokumentu, który odpowiadałby treści informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawianej w Polsce. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów jednoznacznie wynika brak wystawiania w Stanach Zjednoczonych dokumentów, których zakres odpowiadałby polskiej informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Jak wynika przykładowo z dokumentu wystawionego przez Pennsylvania State Police: „The Pennsylvania State Police response does not not preclude the existence of criminal records, which might be contained in the repositories of other local, State, or federal criminal justice Agencies". Tym samym, przekazany wzór dokumentu nie obejmuje wszystkich przestępstw, które mogą być ujawnione również w innych rejestrach.

Analogicznie sprawa wygląda z załączonymi do odwołania dokumentami z FBI oraz dokumentem ze Stanu Południowa Karolina, gdzie wprost w ich treści wskazano że zakres informacji nie jest pełny. Wymaga podkreślenia, iż również sam odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę, iż w Stanach Zjednoczonych nie ma jednego analogicznego dokumentu jak w Polsce, na co wprost wskazuje w piśmie z dnia 24 lutego 2020 r. skierowanym do Ambasady Stanów Zjednoczonych w Polsce poprzez użycie zwrotu „podobne dokumenty”.

W ocenie zamawiającego, w świetle dokumentów przedstawionych wraz z odwołaniem, nie ma jasności czy dany członek zarządu nie został skazany za inne przestępstwo. Zatem, idąc tokiem rozumowania odwołującego, wykonawca chcąc wykazać brak karalności członka zarządu powinien pozyskać kilka zaświadczeń z różnych rejestrów, jednak bez gwarancji ich uznania na gruncie ustawy p.z.p. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje zaś, że wykonawca powinien przedstawić informację, a więc jeden dokument, a nie ciąg dokumentów, jak można wywieść ze stanowiska odwołującego. Tym samym stoi to w jawnej sprzeczności z celem ustawodawcy, który poprzez uchwalenie kilkunastu nowelizacji ustawy p.z.p. dążył do odformalizowania całej procedury, w tym do maksymalnego ograniczenia liczby składanych dokumentów. Zdaniem zamawiającego także literalna wykładnia rozporządzenia w sprawie dokumentów dowodzi konieczności przedłożenia wyłącznie jednego dokumentu przez wykonawców w zakresie niekaralności. Gdyby przyjąć interpretację odwołującego w stosunku do GE, każda z osób wchodzących w skład jego zarządu powinna przedstawić kilka zaświadczeń w celu wykazania braku skazania w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Wobec powyższego, według zamawiającego, na gruncie ustawy p.z.p. nie może być uznane za wystarczające złożenie przez wykonawcę z siedzibą w Stanach Zjednoczonych dowolnego dokumentu w zakresie szeroko rozumianej karalności, czy historii kryminalnej, lecz jedynie takiego dokumentu, który spełni wymogi rozporządzenia oraz pozwoli na wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Tym samym, z uwagi na fakt, iż w Stanach Zjednoczonych nie wydaje się zaświadczeń z rejestru karnego analogicznych jak w Polsce, obejmujących pełny zakres karalności, a więc mających przymiot odpowiedniości lub równoważności, GE mogło przedstawić dla członków swojego zarządu oświadczenia złożone przed notariuszem. Tylko bowiem takie oświadczenia mogły w pełni potwierdzić brak podstaw do wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy p.z.p.

Natomiast w odniesieniu do braku przedstawienia informacji odnośnie niekaralności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 21 p.z.p. zamawiający zauważył, że obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie wskazał jaki dokument powinni przedstawić wykonawcy, zamiast oświadczenia złożonego przed notariuszem. Co ważne, również w treści zapytania kierowanego do ambasady Stanów Zjednoczonych odwołujący nie odnosi się do zaświadczenia dla podmiotu zbiorowego. Na marginesie zamawiający wskazał, że

oświadczenia składane przed notariuszem nie były kwestionowane w toku innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego i spółki z jego grupy, w szczególności w ramach postępowania KIO 96/20.

W przedmiocie zarzutów dotyczący naruszenia art. 22a ust. 2 w zw. z art. 9 ust. 2 p.z.p. w związku z pkt 14.1.7 Instrukcji zamawiający podniósł, że postanowienie instrukcji odnosi się do wykazania podstaw prawnych do wykluczenia z uwagi na upadłość lub likwidację wykonawcy, a nie podmiotu trzeciego. Zatem nie służy to wykazaniu zasad reprezentacji, jak błędnie wywodzi odwołujący. Nie postawiono również zarzutu w zakresie niewykazania podstaw do wykluczenia z uwagi na upadłość lub likwidację podmiotu trzeciego. W opinii zamawiającego brak złożenia takiego dokumentu nie może rodzić negatywnych konsekwencji, bowiem dokumenty te mają charakter pomocniczy. Zamawiający dodał, że istnieje możliwość weryfikacji zasad reprezentacji podmiotu GE w ramach Krajowego Rejestru Sądowego, gdzie w odpisie z KRS dla oddziału GE w Polsce wskazane są osoby uprawnione do reprezentacji. Wskazano również na 26 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie musi przedstawiać dokumentów, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności z Rejestru Przedsiębiorców KRS, jak w niniejszej sprawie.

Odnosząc się natomiast do braku przedstawienia dokumentu w języku polskim dla Astebo, zamawiający wyjaśnił, iż tłumaczenie znajdowało się we wniosku złożonym przez innego wykonawcę. Zamawiający był zatem uprawniony do skorzystania z tłumaczenia dokumentu, a ewentualne wezwanie - poza brakiem podstaw prawnych do jego skierowania - nie byłoby uzasadnione i celowe.

Ponadto, według zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w zakresie któregośkolwiek z zarzutów, wykonawcy powinni zostać wezwani do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdyż nie byli wcześniej wzywani w tym zakresie, zatem czynność wykluczenia z postępowania byłaby czynnością przedwczesną.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego: wykonawcę Stal-Systems S.A., ul. Budowlana 19a, 41-100 Siemianowice Śląskie (dalej zwanego jako „przystępujący Stal-Systems”) oraz konsorcjum Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa i Acciona Industrial S.A., Calle Anabel Segura 11, 28108 Alcobendas, Madryt (dalej zwanych jako „przystępujący konsorcjum Mostostal”). Przystępujący przedstawili swoje stanowiska procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami procesowymi przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, w związku z oświadczeniem odwołującego złożonym na posiedzeniu, w przedmiocie wycofania odwołania w stosunku do obu przystępujących w zakresie zarzutów nr 2, a także częściowo zarzutów nr 1 – co do konieczności wykazania niekaralności podmiotu zbiorowego dokumentem z właściwego rejestru, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła modyfikację stanowiska procesowego odwołującego i umorzyła postępowanie odwoławcze we wskazanym przez stronę zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba wskazuje dalej, że stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena czy wykonawcy przystępujący, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do pomiotu trzeciego, na którego potencjał się powołują – General Electric International, Inc., który ma siedzibę na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki (ang. United States of America, skrót USA), mogą przedstawić zamawiającemu, jako środek dowodowy, oświadczenie złożone przed notariuszem, tj. oświadczenie wskazane w § 7 ust. 3 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. dokumentów”, kiedy w ocenie odwołującego zastosowanie znajdzie § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia, zatem wykonawcy winni złożyć dokumenty z odpowiedniego rejestru.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o treść wniosków przystępujących i korespondencji prowadzonej w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby znalazło potwierdzenie w materiale procesowym, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił, że przystępujący Stal-Systems i przystępujący konsorcjum Mostostal wykazali brak podstaw do wykluczenia z postępowania, a więc zamawiający przedwcześnie zakwalifikował tych wykonawców jako podmioty, które mogą zostać zaproszone do dialogu konkurencyjnego, co powoduje, że została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p.

Skład rozpoznający spór wskazuje dalej, że na dzień orzekania nie zaistniały podstawy, aby wykluczyć wykonawców z postępowania, ponieważ przed dokonaniem tej czynności na jednostce zamawiającej ciążyą ustawowe obowiązki zastosowania trybu naprawczego wskazanego w art. 26 ust. 3 p.z.p. Żądania odwołania są zbyt daleko idące i pomijają ustawowe zobligowanie zamawiającego do wezwania do uzupełnienia, przed eliminacją wykonawcy z postępowania. W ocenie składu orzekającego w ustalonym stanie rzeczy właściwa kwalifikacja prawna czynności zamawiającego to konieczność zastosowania wezwania do złożenia właściwych dokumentów, co jest warunkiem *sine qua non* ewentualnego późniejszego wykluczenia, Izba zatem nakazała zamawiającemu zastosowanie trybu z art. 26 ust. 3 p.z.p. i wezwanie wykonawców przystępujących do uzupełnienia właściwych dokumentów zgodnie z sentencją wyroku.

Osią sporu było rozstrzygnięcie, czy w ustalonym stanie rzeczy osoby, które powinny wykazać swoją niekaralność, związane z podmiotem General Electric International, Inc. mogą w tym zakresie przedłożyć jako środek dowodowy oświadczenie złożone przed notariuszem, ponieważ obaj wykonawcy przystępujący powołali się na zasoby tego podmiotu, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zobowiązuje zamawiającego do dokonania weryfikacji podmiotowej General Electric International, Inc.

Zgodnie z brzmieniem § 5 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów „w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów: 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Zaś w przypadku podmiotu, którego siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1

rozporządzenia, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 składa się informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy”.

Natomiast na kanwie § 7 ust. 3 rozporządzenia „Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania tej osoby. Przepis ust. 2 stosuje się.”

W ocenie składu orzekającego zasadą wynikającą z wyżej przytoczonych norm jest składanie właściwych dokumentów z odpowiednich rejestrów, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ustawodawca w sposób niezwykle precyzyjny określił środki dowodowe, jakimi wykonawcy winni wykazać odpowiednią zdolność podmiotową do wykonania zamówienia. W zakresie objętym sporem, czyli potwierdzenia niekaralności wymaganej przez normy p.z.p., zasadą dla wszystkich wykonawców jest składanie odpowiednich zaświadczeń z właściwych rejestrów. Dla wykonawców krajowych, aby wykazać braku istnienia podstaw do wykluczenia, takim środkiem dowodowym jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego (dalej jako „KRK”), zaś dla wykonawców posiadających siedzibę, albo miejsce zamieszkania osób objętych weryfikacją, poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej jest także – co do zasady – informacja z odpowiedniego rejestru (np. zaświadczenie wydawane przez Disclosure Scotland, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.04.2017 r. sygn. akt KIO 727/17 i wskazane tam orzecznictwo, zaświadczenie wydawane przez Bundesamt für Justiz, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26.02.2015 r. sygn. akt KIO 285/15, czy zaświadczenie wydawane przez Casier Judiciare, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 09.01.2012 r. sygn. akt KIO 2781/11). Zatem omawiana regulacja zrównuje wagę informacji z polskiego KRK z informacjami poświadczonymi przez odpowiednie instytucje zagraniczne prowadzące rejestry karalności na terenie danego państwa. Natomiast w przypadku braku takiego rejestru, właściwym środkiem dowodowym jest inny dokument, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.

Kluczowe jest zatem sformułowanie wytycznych, które pozwolą na zakwalifikowanie danego dokumentu, jako właściwego środka dowodowego, którym wykonawcy winni

wykazać swoją niekaralność. Nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca określając katalog dowodów posługuje się pojęciami nieostryimi – rejestr ma być odpowiedni, a dokument równoważny – jest to celowy zabieg, pozwalający na dostosowanie możliwości zastosowania omawianej normy do możliwie najszerszego spektrum stanów faktycznych, jakie mogą zaistnieć w postępowaniu. Racjonalny ustawodawca dostrzega konieczność zapewnienia elastyczności przy unormowania sposobu wykazywania niekaralności z powodu różnic w porządkach prawnych różnych krajów, a zarazem tworzy normy, które nie będą dyskryminować wykonawców zagranicznych, umożliwiając wykazywanie niekaralności na podstawie właściwych zaświadczeń z państwa ich siedziby, czy miejsca zamieszkania osoby, której dokument dotyczy. Innymi słowy, zasadą jest złożenie dokumentu, który nie musi być tożsamy, identyczny, ale wysoko zbliżony, co jest zasadne, gdyż – jak trafnie wskazał odwołujący – gdyby uznać, że dokumenty mają być odpowiednie w znaczeniu „takie same”, to omawianej normy nie dałoby się zastosować w praktyce, ponieważ nie ma dwóch krajów o tożsamym materialnym prawie karnym. Dla przykładu, pomimo harmonizacji porządków prawnych państw Unii Europejskiej, każde państwo posiada odmienny system prawny, samodzielnie tworzy i wdraża regulacje dotyczące rejestrów skazanych, na kanwie własnego systemu karnego. Poszczególne kraje również są bardzo zróżnicowane – nie w każdym państwie obowiązuje jeden centralny zbiór norm prawa karnego materialnego, a gdzieś indziej różnego rodzaju czyny zabronione są – z różnym stopniem surowości – karane na podstawie ograniczonych terytorialnie zbiorów takich norm.

Świadomość braku ścisłej relacji pomiędzy polskim porządkiem prawnym, a porządkami innych państw, przy dokonywaniu wykładni omawianego przepisu, wielokrotnie była podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności przy weryfikacji konkretnych dokumentów, pozyskiwanych przez wykonawców zagranicznych, zaznacza się, że trudno uznać, aby zakres zagranicznych zaświadczeń miałby być identyczny z zaświadczeniami wydawanymi przez polski KRK, chociażby ze względu na różnice w katalogach czynów zabronionych, czy wymiarach kary, a nawet terytorialnym, czy wertykalnym, obowiązywaniem norm materialnego prawa karnego. Wskazuje się, że wystarczający jest podobny zakres, co w ocenie składu rozpoznającego spór należy rozumieć jako konieczność weryfikacji, czy w danym kraju istnieje rejestr umożliwiający uzyskanie zaświadczenia, które uwzględni w sposób odpowiedni informacje dotyczące czynów penalizowanych, wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 p.z.p., przy czym nigdy nie wystąpi tu sytuacja tożsamej karalności, nigdy nie będzie to *expressis verbis* odniesienie do polskiego prawa karnego materialnego, a decydująca jest przydatność danego dokumentu dla wykazania niekaralności w korelacji z koniecznością uwzględnienia równego traktowania wykonawców zagranicznych i krajowych. Upraszczając, takie zaświadczenie – o treści uwarunkowanej tym, w jaki sposób dany rodzaj przestępstwa

został ujęty w systemie karnym danego państwa – wydane przez zagraniczną instytucję, będzie adekwatnym środkiem dowodowym, o ile będzie przydatne dla wykazania faktów, na których potwierdzenie jest składane, czyli wykazania niekaralności za przestępstwa wymienione w p.z.p. Norma stanowi bowiem o „odpowiednim rejestrze”, co oznacza szczególny przypadek analogii, z uwzględnieniem specyfiki danego kraju – czyli istnienie rejestru, który wydaje zaświadczenia przydatne dla wykazania braku karalności na gruncie p.z.p., z modyfikacjami uwzględniającymi instytucje karnomaterialne danego państwa.

Natomiast kiedy nie ma takiego rejestru, to właściwym dowodem dla wykazania niekaralności jest dokument wydany przez organ sądowy lub administracyjny. Zgodnie z omawianą normą dokument ten winien być równoważny do zaświadczenia z rejestru. Ustawodawca zatem wskazał na prymat zaświadczeń z rejestrów karnych, których moc dowodową następnie zrównano z dokumentami urzędowymi, pochodzącymi od wskazanych organów publicznych (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r. sygn. akt II Ca 67/05, gdzie wskazano, że „(...) „równoważny” w rozumieniu ustawodawcy oznacza nie tyle „zamienny”, lecz o takiej samej mocy, ale tylko w odniesieniu do cudzoziemców, w tym sensie, że przedstawienie przez wykonawcę zaświadczenia wystawionego przez organ państwa obcego ma takie same skutki jakby zaświadczenie to wystawił organ państwa polskiego, tu: Biuro Informacyjne Krajowego Rejestru Karnego”). W ocenie Izby zaświadczenia z właściwych organów także winny być oceniane pod kątem przydatności dla wykazania niekaralności, gdyż w tym celu składa się wszystkie omawiane środki dowodowe (aby wykazać brak zaistnienia danej przesłanki wykluczenia). Tym niemniej, zawsze należy mieć na uwadze konieczność odpowiedniego uwzględnienia różnic w systemach prawnych państw wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 07.06.2010 r. sygn. akt XIX Ga 225/10).

Konkludując, jeżeli udzieli się pozytywnej odpowiedzi na pytanie czy – mając na względzie określony porządek prawny i specyficzne ukształtowanie instytucji karnomaterialnych danego państwa – w danym kraju prowadzi się odpowiedni do KRK rejestr karny, albo wydaje się dokument urzędowy, pochodzący od właściwych organów sądowych lub administracyjnych, który byłby przydatny jako środek dowodowy dla wykazania niekaralności na gruncie p.z.p. – to nie ma możliwości złożenia oświadczenia własnego wykonawcy. Oświadczenie zastępcze składa się bowiem wyłącznie w sytuacji, gdy odpowiedni rejestr czynów zabronionych nie jest prowadzony i równocześnie, gdy organy sądowe lub administracyjne nie wydają dokumentów równoważnych informacji z rzeczzonego rejestru, przy uwzględnieniu ukształtowania porządku prawnego danego kraju, w którym zagraniczny podmiot ma siedzibę albo miejsce zamieszkania posiada osoba, która winna wykazać swoją niekaralność zgodnie z brzmieniem ustawy p.z.p.

Odnosząc się natomiast do argumentacji zamawiającego, że jedynie oświadczenie złożone przed notariuszem w pełni potwierdzi niekaralność, nietrudno zauważyć, że stanowisko takie niejednokrotnie przewijało się w orzeczeniach Izby i sądów powszechnych sprzed niemal dekady, kiedy zgodnie z linią orzecniczą za właściwy dokument uznawano oświadczenie zastępcze. Jednakże od około roku 2013, wykształciło się jednolite stanowisko Izby, że dokument taki, dla podmiotów posiadających siedzibę w USA, jest nieprawidłowy. Zdaniem składu orzekającego przyjęcie twierdzenia zamawiającego i kierowanie się kryterium najbardziej pełnego odniesienia się do polskich norm spowodowałoby, że § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów byłby normą zbędną. W każdym bowiem przypadku – w porównaniu z zagranicznym dokumentem urzędowym (który w swojej treści będzie odnosił się do prawa państwa go wydającego) – oświadczenie własne (które w treści odnosi się do polskich norm prawnych) będzie, siłą rzeczy, „pełniejsze” dla wykazania braku karalności w zakresie polskich przepisów. Trudno więc uznać stanowisko zamawiającego za uzasadnione, gdyby bowiem ustawodawca uznał za celowe kierowanie się kryterium „pełniejszego” odniesienia się do polskich przepisów, to właściwym środkiem dowodowym byłoby oświadczenie własne wykonawcy. Natomiast ustawodawca w sposób jasny i klarowny wskazał na prymat dokumentów urzędowych, w ten sposób uznając, że zabezpieczenie podmiotu zamawiającego – biorąc pod uwagę ryzyko złożenia oświadczenia fałszywego – stoi w hierarchii wartości wyżej, niż efektywność, jaką zapewnia możliwość złożenia oświadczenia własnego. Jediną możliwością zmiany tej oceny i podzielenia twierdzeń zamawiającego byłaby zmiana omawianych przepisów – ich wykładnia nie prowadzi bowiem do wniosku, że konieczne jest szukanie ich znaczenia ponad to, które ustawodawca im wyraźnie nadał.

Należy także zauważyć, iż omawiane normy mają przede wszystkim zagwarantować możliwość uznania zaświadczeń z zagranicznych instytucji, tak aby nie dochodziło do braku możliwości składania przez wykonawców zagranicznych zaświadczeń z właściwego im organu, czyli aby nie dochodziło do dyskryminacji dokumentów zagranicznych ze względu na jurydyczny kształt polityki ścigania przestępstw w danym kraju. Jednakże w praktyce wskazane przepisy częstokrotnie są wykorzystywane jako „pójście na skróty” i asumpt do złożenia oświadczenia zastępczego, zamiast zaświadczenia z odpowiedniego organu. Takie działanie zasługuje na krytykę, w szczególności, że uzyskanie przez przedsiębiorcę dokumentu urzędowego wiąże się z koniecznością uwzględnienia adekwatnego terminu na jego pozyskanie oraz poczynienia większych starań i nakładów, w porównaniu do złożenia oświadczenia własnego.

Skład orzekający wskazuje również, że orzecznictwo Izby rozstrzygnęło jednoznacznie, iż oświadczenie własne wykonawcy (uregulowane w § 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów) jest nieprawidłowym środkiem dowodowym na

potwierdzenie niekaralności przedsiębiorców, którzy mają siedzibę w USA, ponieważ możliwe jest potwierdzenie niekaralności właściwym dokumentem (§ 7 ust. 1 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia). (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 18.07.2019 r. sygn. akt KIO 999/19, KIO 1000/19, z 20.11.2018 r. sygn. akt KIO 2292/18, z 27.03.2018 r. sygn. akt KIO 410/18, KIO 449/18, KIO 471/18, z 08.03.2016 r. sygn. akt KIO 249/16, z 14.09.2015 r. sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, z 29.06.2012 r. sygn. akt KIO 1273/12, z 18.11.2012 r. sygn. akt KIO 2526/12). Dalej skład orzekający zauważa, że okolicznością notoryjną, znaną każdemu przedsiębiorcy zaangażowanemu w obrót zagraniczny – tak jak wykonawcom w rozpoznawanym sporze – jest fakt, że przyjętą praktyką na rynku zamówień publicznych jest potwierdzanie niekaralności podmiotów z USA właściwym dokumentem, wykazującym niekaralność na poziomie federalnym, stanowym i lokalnym. Ponadto, z faktów stwierdzanych w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dla tego typu zamówień, a więc z faktów powszechnie znanych dla uczestników rynku zamówień publicznych wynika, że istnieje możliwość uzyskania takiego zaświadczenia, które jest wydawane przez Federalne Biuro Śledcze (ang. Federal Bureau of Investigation, skrót FBI) i składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (*vide* wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 12.10.2017 r. sygn. akt KIO 2035/17, z 29.12.2016 r. sygn. akt KIO 2394/16, z 18.11.2012 r. sygn. akt KIO 2526/12). Jak również w orzeczeniu powołanym w stanowisku procesowym przez zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum Mostostal, tj. w wyroku Izby z 27.03.2018 r. sygn. akt KIO 410/18, KIO 449/18, KIO 471/18, wskazano, iż „(...) Izba stwierdziła, że dokumentem właściwym, a co za tym idzie prawidłowym, potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niekaralności członków zarządu jest zaświadczenie wydane przez Szefa Biura FBI w Polsce działające w Ambasadzie Stanów Zjednoczonych Biuro Attache Prawnego w Polsce, który posiada kompetencje organu wydającego tego rodzaju zaświadczenia na terytorium USA, czego dowodem jest przykładowy dokument zaświadczenia FBI”.

Skład rozpoznający spór wskazuje dalej, że zaznaczana w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej możliwość uzyskania przez przedsiębiorcę dokumentu alternatywnego do zaświadczenia z FBI, a pochodzącego od sądów lub organów na poziomie federalnym, stanowym i lokalnym, nie powoduje, że wykonawca automatycznie jest zobligowany do składania różnych zaświadczeń z różnych rejestrów, co podnosił zamawiający. Przykładowo w orzeczeniu Izby z 20.11.2018 r. sygn. akt KIO 2292/18 stwierdzono, iż „(...) odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii dokumentów potwierdzających niekaralność J.E.F. i P.A.P., mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych, Izba uznała, że sam Odwołujący, składając szereg dokumentów urzędowych, a to zaświadczenia z FBI, sądu, czy z policji (...) potwierdził, że w odniesieniu do tych osób możliwe jest potwierdzenie ich niekaralności w sposób określony w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia”.

Powyższe stanowi dodatkowe argumenty wskazujące na wielość opcji uzyskania dokumentu urzędowego i jednoznacznie przeczy możliwości dopuszczenia oświadczenia zastępczego. Tak jak wskazano w wyroku Izby z 27.03.2019 r. sygn. akt KIO 420/19 „Jeśli zatem wykonawca (...) uzyskuje z organu zaświadczenie [*zaświadczenia z FBI w tym konkretnym przypadku potwierdzały jedynie brak karalności na poziomie federalnym, w każdym widniała treść „Nie wyklucza to karalności na poziomie stanowym lub lokalnym.” – zgodnie ze str. 20 wyroku, przypis skład orzekający*] z którego wprost wynika, że nie potwierdza ono całości wymaganych okoliczności (tu: braku karalności na poziomie stanowym i lokalnym), to należało wykorzystać sądowe rejestry skazań (conviction records), bądź prowadzony przez Departament Bezpieczeństwa Publicznego Stanu Teksas (Texas Department of Public Safety) rejestr CCH (Computerized Criminal History System), bądź zwrócić się do FBI o wydanie zaświadczenia uwzględniającego czyny karane na poziomie stanowym i lokalnym, co jest co do zasady możliwe (jak wskazują inne zaświadczenia potwierdzające tą okoliczność, np. te złożone przez odwołującego)”.

Natomiast założenie zamawiającego o konieczności przedstawienia nieokreślonej liczby zaświadczeń – co pozostało w sferze hipotez strony, która nie zdecydowała się na przybliżenie ile rzekomo zaświadczeń miałby złożyć przedsiębiorca, przy zapewnieniu, że z pewnością byłoby to kilka zaświadczeń z różnych rejestrów – stanowi spekulatywne odtworzenie wzorca postępowania, który jednak nie ma nic wspólnego z prawidłowym wzorcem postępowania wykonawcy, odtworzonym na podstawie praktyki rynkowej i dorobku orzecznictwa Izby. Okoliczność, że istnieją równoległe zastępcze dokumenty do dokumentu z odpowiedniego rejestru FBI, nie powoduje, iż za właściwe można uznać oświadczenie własne wykonawcy. Zaś istnienie kilku możliwości uzyskania dokumentów urzędowych – o ile przedsiębiorca nie skorzysta z przyjętej na rynku praktyki i nie zdecyduje się na pozyskanie pełnego dokumentu z FBI – nie zmienia faktu, że potwierdzenie niekaralności jest możliwe do wykazania właściwym dokumentem (pomijając już nawet to, że weryfikacja karalności (tzw. background checks) są powszechne w USA, np. w celu uzyskania zatrudnienia, i istnieje na rynku wiele podmiotów zawodowo trudniących się badaniem historii kryminalnej i pozyskujących z oficjalnych rejestrów różnych stanów i jednostek lokalnych odpowiednie zaświadczenia).

Dopiero kiedy wykonawca jest w stanie wykazać, że w kraju jego siedziby nie wydaje się dokumentów urzędowych dotyczących karalności, ani też żaden organ nie gromadzi takich danych, a przynajmniej – jeśli je gromadzi – to ich nie udostępnia, albo nie udostępnia ich w formule jakkolwiek przydatnej do wykazania braku skazania za przestępstwa wskazane w p.z.p., może wykazać niekaralność oświadczeniem złożonym przed notariuszem lub organem sądowym. Ustawodawca dopuścił możliwość składania oświadczeń zastępczych jedynie w wyjątkowych sytuacjach, a w ustalonym stanie rzeczy żadna z tych sytuacji nie

wystąpiła. Ponadto, uprzywilejowanie wykonawców zagranicznych i możliwość dopuszczenia oświadczenia własnego, kiedy w USA wydaje się dokumenty nie tylko z odpowiedniego rejestru FBI, ale również odpowiednie dokumenty sądowe oraz od organów na poziomie federalnym, stanowym i lokalnym, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego złożony przez odwołującego dokument Departamentu Sprawiedliwości USA, Federalnego Biura Śledczego, dotyczący analizy odcisków palców, tym niemniej dokument ten okazał się nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sporu, bowiem dotyczy on aresztowań, a nie historii kryminalnej. Nieprzydatny dla ustalenia faktów istotnych dla rozpoznawanego odwołania jest także wzór wniosku – zapytania o udzieleniu informacji o osobie. Natomiast dokument z Policji Stanu Pensylwania jest przydatny dla wykazania możliwości potwierdzenia informacji o niekaralności (tu na poziomie stanowym) dokumentem urzędowym, co wskazuje na istnienie wielu sposobów pozyskania dokumentów urzędowych dotyczących niekaralności. Potwierdza to także wydruk ze strony internetowej Departamentu Stanu – Biura Spraw Konsularnych. Zaś korespondencja elektroniczna z Ambasadą USA w Warszawie jedynie dodatkowo potwierdza okoliczność notoryjną, że niekaralność potwierdza FBI.

W zakresie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej z 10.03.2020, złożonego przez przystępującego Stal-Systems, co poparł zamawiający, na okoliczność bezzasadności zarzutów postawionych w odwołaniu, a na poparcie twierdzeń przystępującego, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów. Natomiast wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego jak należy coś interpretować (w tym inne dowody), bądź co do prawa, w systemie rodzimych norm proceduralnych wielokrotnie analizowało sądownictwo powszechne (np. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.07.2017 r., sygn. akt I ACa 445/16, Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 03.04.2014 r., sygn. akt I ACa 885/13, Sąd Najwyższy w wyroku z 29.02.2008 r., sygn. akt V CSK 457/07) i chociaż wyroki te zapadały na gruncie przepisów procedury cywilnej, to jednak nie sposób nie zauważyć trafności i adekwatności podnoszonej tam argumentacji również w odniesieniu do postępowania przed Izbą. Warto bowiem w tym zakresie zwrócić uwagę na zbieżność treści art. 190 ust. 1 p.z.p. („Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...)”) i dawnego art. 217 § 1 k.p.c., którego brzmienie było poddawane analizie w ww. orzeczeniach („Strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej.”) oraz posiłkowo art. 227 k.p.c. („Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.”).

Ten nacisk ustawodawcy na fakty – w odróżnieniu od ocen, czy stanowisk co do prawa, czy wręcz próby transponowania oceny innych dowodów jako okoliczności faktycznych – ciężko uznać za przypadkowy. Jednocześnie, w kontekście konkretnie tego dowodu, warto przypomnieć, że ocen treści regulacji prawnych nie należy nawet do sfery „wiadomości specjalnych”, które można byłoby ustalić przy pomocy biegłego – choćby w opinii prywatnej (podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10.05.2017 r., sygn. akt III AUa 822/15).

W konsekwencji należy uznać, że również w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnioski dowodowe, których celem nie jest stwierdzenie faktów, a transponowanie do materiału dowodowego subiektywnych ocen, ocen co do prawa, stanowiska co do wykładni, czy polemik o charakterze prawnym, są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Omawiany „dowód” ma taki właśnie charakter – nie został powołany na okoliczność faktów, a stanowi nic więcej, jak próbę transponowania do materiału dowodowego ocen i przekonań autora opinii prywatnej, głównie w zakresie procedury udzielania zamówień publicznych w USA.

W przedmiocie stanowiska przystępującego Stal-Systems w zakresie wadliwego w jego ocenie sformułowaniem zarzutów i żądań odwołania, co rzekomo miałyby uniemożliwić Izbie nakazanie zamawiającemu czynności wynikających z ustawy p.z.p., czy też miałyby powodować oddalenie odwołania, czyli merytoryczne rozstrzygnięcie na niekorzyść odwołującego, ponieważ postawił on znacznie dalej idące żądania, dokonania czynności przez zamawiającego, niż te, które wynikają z Prawa zamówień publicznych, Izba wskazuje co następuje.

Umknęło uwadze wykonawcy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach w sposób niezwykle jasny wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05).

Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną, którą wskazał odwołujący. Stanowisko to jednoznacznie potwierdzają sądy powszechne, gdzie

trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w utrwalonym i jednolitym orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (*vide* wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby: z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Skład orzekający podkreśla, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

Natomiast w zakresie stanowiska procesowego przystępującego konsorcjum Mostostal skład orzekający dodatkowo zauważa, że przywołanie przez przystępującego wybiórczych fragmentów z orzeczeń Izby sygn. akt KIO 410/18 i sygn. akt KIO 420/19 zostało obliczone na wprowadzenie w błąd i swoją skuteczność opiera na założeniu, iż osoba czytająca to stanowisko nie zapozna się z pełną treścią wskazanych orzeczeń, co jako taktyka procesowa zasługuje na szczególną krytykę. W obu wyrokach stwierdzono co do zasady prawidłowość wykazania niekaralności w oparciu o dokument z FBI, w tym wyrok

sygn. akt KIO 420/19 dotyczy *stricto* wadliwej treści zaświadczenia z FBI. Ponadto rzekomy wywód Krajowej Izby Odwoławczej, który w ocenie przystępującego konsorcjum Mostostal pominął odwołujący, a zawarty w orzeczeniu sygn. akt KIO 2292/18, przytoczony w stanowisku procesowym konsorcjum na str. 5-7, to treść uzasadnienia zarzutów odwołania, czyli twierdzeń wykonawcy odwołującego w tej sprawie (str. 8-11 wyroku). Okoliczności, które skład orzekający w sprawie sygn. akt KIO 2292/18 ustalił i zważył rozpoczynają się 16 stron dalej, od str. 27 orzeczenia.

Konkludując powyższe, Izba stwierdziła, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił, że przystępujący Stal-Systems i przystępujący konsorcjum Mostostal mogli przedstawić – na potwierdzenie wykazania niekaralności podmiotu trzeciego, na zasoby którego się powołują, General Electric International, Inc. – oświadczenie zastępcze, kiedy w ustalonym stanie rzeczy zastosowanie znajdzie § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia ws. dokumentów, co powoduje, że zamawiający naruszył tę normę i bezprawnie zakwalifikował wykonawców jako podmioty, które mogą zostać zaproszone do dialogu konkurencyjnego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem potwierdziło się, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy spowodowało przedwczesne zakwalifikowanie przystępujących jako podmioty zaproszone do dialogu konkurencyjnego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący:

.....