

sygn. akt: KIO 410/18
KIO 449/18
KIO 471/18

WYROK

z dnia 27 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Piotr Kozłowski
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 marca 2018 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROHLING SUUS LOGISTICS S.A. (Lider) z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 4a; 02-235 Warszawa, FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz COMPASS FORWARDING Co. Inc. z siedzibą w Nowym Jorku (USA),

B. w dniu 9 marca 2018 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., ul. Południowa 2, 05-850 Ołtarzew, UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o.,

C. w dniu 12 marca 2018 roku, przez Fights On Logistics sp. z o.o., ul. Wspólna 62; 00-684 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7; 00-909 Warszawa,

przy udziale:

a. Fights On Logistics sp. z o.o., ul. Wspólna 62; 00-684 Warszawa - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 410/18 oraz KIO 449/18 - po stronie zamawiającego,

b. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., ul. Południowa 2, 05-850 Ołtarzew, UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. - zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 410/18 oraz KIO 471/18 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROHLING SUUS LOGISTICS S.A. (Lider) z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 4a; 02-235 Warszawa, FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz COMPASS FORWARDING Co. Inc. z siedzibą w Nowym Jorku (USA), 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., ul. Południowa 2, 05-850 Ołtarzew, UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. oraz 3) wykonawcę Fights On Logistics

sp. z o.o., ul. Wspólna 62; 00-684 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:
1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROHLING SUUS LOGISTICS S.A. (Lider) z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 4a; 02-235 Warszawa, FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz COMPASS FORWARDING Co. Inc. z siedzibą w Nowym Jorku (USA), 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., ul. Południowa 2, 05-850 Ołtarzew, UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. oraz 3) wykonawcę Fights On Logistics sp. z o.o., ul. Wspólna 62; 00-684 Warszawa, tytułem wpisu od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) 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:

Członkowie:

sygn. akt: KIO 410/18
KIO 449/18
KIO 471/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia (dalej „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, mające na celu zawarcie umowy ramowej na „Świadczenie usług celno-spedycyjnych na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i wskazanych jednostek wojskowych”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 091-181081.

Dnia 20 lutego 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROHLING SUUS LOGISTICS S.A. (Lider) z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 4a; 02-235 Warszawa, FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz COMPASS FORWARDING Co. Inc. z siedzibą w Nowym Jorku (USA) o wykluczeniu z postępowania oraz o braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający dnia 1 marca 2018 roku, poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

KIO 410/18

Dnia 2 marca 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ROHLING SUUS LOGISTICS S.A., FLEXTRONICS LOGISTICS POLAND sp. z o.o. oraz COMPASS FORWARDING Co. Inc. (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum Rohling”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz

braku podstaw do jego wykluczenia; czynności uznania za nieopowiadające przepisom, oświadczeń złożonych przed notariuszem potwierdzających brak karalności oraz brak zaległości w opłacaniu podatków przez członka konsorcjum mającego swą siedzibę w USA, oraz związanej z tym nieuprawnionej czynności żądania złożenia dokumentów pochodzących od organów w okolicznościach nieuzasadnionych przepisami; czynności odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 131e ust. 1 pkt 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo wykazania za pomocą złożonych w postępowaniu dokumentów, iż odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz że w stosunku do odwołującego nie zachodzą podstawy uzasadniające jego wykluczenie;
2. art. 26 ust. 3 oraz art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na dzień, w którym upływa termin złożenia wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż w treści uzupełnianych dokumentów powinna być wskazana data sprzed dnia, w którym upływa termin składania wniosków;
3. § 7 ust. 1 i 3 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 nieuznanie oświadczeń złożonych przed notariuszem, potwierdzających brak karalności współwłaścicieli członka konsorcjum wykonawcy (COMPASS FORWARDING Co. Inc.) mającego siedzibę w USA oraz brak zaległości w opłacaniu podatków, innymi niż opłaty i podatki lokalne oraz w związku z tym nieuprawnionym żądaniem złożenia dokumentów od organów federalnych, stanowych i lokalnych USA, wobec braku wskazania w prawodawstwie USA organu właściwego do wystawiania dokumentu o niekaralności oraz braku zaległości w opłacaniu podatków;
4. art. 131v pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż zastrzeżone we wniosku informacje, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, pomimo podania we wniosku wymaganego uzasadnienia wskazującego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o udostępnieniu informacji zastrzeżonych w złożonym wniosku, jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem złożonych w postępowaniu dowodów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z powodu karalności oraz zaległości z podatkami,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wykazał, iż stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu przedmiotu zamówienia, albowiem poniósł szkodę w wyniku podjęcia przez

zamawiającego czynności sprzecznej z ustawą Pzp oraz określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganiami. Interes odwołującego w złożeniu odwołania jest oczywisty, albowiem wykluczenie odwołującego z postępowania, pozbawia go możliwości dalszego udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówień udzielanych na podstawie zawartej w wyniku postępowania umowy ramowej, doprowadzając do powstania oczywistej szkody odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienia zgłosili: wykonawca Fights On Logistics sp. z o.o. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty nr 1, 2, 3 i 5.

Odwołujący podniósł, iż w Stanach Zjednoczonych Ameryki nie ma odpowiednika polskiego rejestru karnego jak i nie ma właściwego organu sądowego lub administracyjnego,

który wydaje równoważny dokument. W odniesieniu do członka konsorcjum z USA, dołączono złożone przed notariuszem oświadczenia o niekaralności braci: R. A.S. oraz R. M.S., będących współwłaścicielami firmy COMPASS Forwarding Co. Inc. W związku z

federalnym ustrojem Stanów Zjednoczonych Ameryki amerykańskie prawo podatkowe zna wiele podatków, które można podzielić na trzy główne grupy: podatki federalne (federal taxes), podatki stanowe (state taxes), podatki lokalne (local taxes). W Stanach Zjednoczonych Ameryki nie ma organu, który wydaje dokument potwierdzający brak zaległości z innymi podatkami niż lokalne, a więc potwierdzający brak zaległości w uiszczaniu zarówno podatków stanowego oraz federalnego. W związku z tym, iż w odniesieniu do członka konsorcjum z USA nie wydaje się dokumentu dotyczącego podatków stanowych i federalnych, oraz potwierdzających uiszczanie opłat, do wniosku dołączono złożone przed notariuszem oświadczenie o braku zaległości, z uiszczaniem przez COMPASS Forwarding Co. Inc. podatków, opłat i ubezpieczeń społecznych niezależnie od ich charakteru.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, pismem z dnia 29 grudnia 2017 r. złożył m.in.: trzy dokumenty potwierdzające niekaralność Richarda A.S., trzy dokumenty potwierdzające niekaralność R. M.S., dokument potwierdzający brak zaległości z podatkami COMPASS Forwarding Co. Inc. Dokumenty

zostały wystawione z datami późniejszymi niż dzień, w którym upływał termin składania wniosków (12 lipca 2017 r.), albowiem ich złożenie było następstwem wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów (23 listopada 2017 r.).

Dokumenty złożone przez odwołującego nie zostały przez zamawiającego uznane za odpowiednie. Jak wynika z uzasadnienia zamawiającego, dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, powodem wykluczenia był fakt, iż „W informacji nie podano, jakiego dnia dotyczy stan rzeczy w niej opisany.”. Zamawiający wskazał także, iż „stan

rzeczy opisany w dokumencie musi być aktualny na dzień nie późniejszy, niż dzień składania wniosku.”.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i wnosząc odwołanie wskazał, iż zamawiający arbitralnie oraz wbrew treści złożonych przez odwołującego się dokumentów przyjął, iż informacje wskazane w złożonych dokumentach przedstawiają jedynie stan na

dzień ich wystawienia, oraz nie świadczą o braku okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia na dzień 12 lipca 2017 r. Tymczasem, treść złożonych dokumentów wskazuje, iż w całym okresie poprzedzającym ich wystawienie, w stosunku do odwołującego nie istniały okoliczności uzasadniające jego wykluczenie.

Zdaniem odwołującego treść informacji o niekaralności wskazuje, iż przeszukiwane bazy danych FBI, organów stanowych i lokalnych dokonane w grudniu 2017 r. nie wykazało, aby współwłaściciele firmy COMPASS Forwarding Co. Inc. byli wcześniej skazani prawomocnym wyrokiem czy też aresztowani. Logiczne jest zatem przyjęcie, iż powyższa informacja świadczy, iż także na dzień 12 lipca 2017 r. jak i w okresie odniesienia (zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 1 i 2 ustawy Pzp - 3 lub 5 lat licząc od terminu składania wniosków), osoby te nie były karane i aresztowane. Podobnie, w odniesieniu do dokumentu potwierdzającego brak zaległości z podatkami od osób prawnych wystawionego w dniu 27 grudnia 2017 r. przez Wydział Podatków i Finansów dla Stanu Nowy Jork, który potwierdza brak zaległości podatkowych z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i odnosi się on do całego roku rozliczeniowego spółki (30 października 2016 r. - 30 października 2017 r.). Zgodnie z deklaracją złożoną w trakcie rejestracji spółki (1977 rok), rok rozliczeniowy kończy się dla COMPASS Forwarding Co. Inc. 30 października. Stąd na dokumencie dotyczącym braku płatności podatków, podany jest miesiąc „październik”.

Oczekiwanie zamawiającego podania w treści uzupełnianych dokumentów daty innej niż data wystawienia dokumentu nie wynikało z warunków przetargu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu jak i z treści wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, czy też kolejnych pism zamawiającego z dnia 6 grudnia 2017 r. oraz z dnia 15 grudnia 2017 r. Tym samym, oczekiwanie spełnienia wymogu, który nie był znany wykonawcy, albowiem nie został wyrażony w dokumentach przetargowych, stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl której wszelkie wymogi jakich spełnienia oczekuje się od wykonawców powinny być im wcześniej znane.

Nadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego obowiązek, by w treści dokumentów widniała inna data niż data wystawienia dokumentu, nie wynika z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp jak i z treści ogłoszenia o zamówieniu. Wymóg ustawy stanowi jedynie, iż odwołujący składając oświadczenia i dokumenty, powinien wykazać brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż przepis reguluje przede wszystkim dzień, na który należy wykazać brak podstaw wykluczenia za pomocą dokumentów i oświadczeń składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą. Poza hipotezą normy art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, znajduje się natomiast instytucja uzupełniania oświadczeń i dokumentów, która jest regulowana art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp oraz ocena „aktualności” uzupełnianych dokumentów na tej podstawie prawnej. Sam zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, powołał się na art. 26 ust. 3 i 3a oraz art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, przepis ten nie wyklucza możliwości złożenia dokumentów - w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania - z datą późniejszą, które potwierdzają brak podstaw wykluczenia w dłuższym okresie, niż tylko okres poprzedzający datę składania wniosków. Z punktu widzenia zamawiającego wręcz bardziej pożądane jest otrzymanie bardziej aktualnych dokumentów.

Odwołujący dodał, iż dokumenty świadczące o niekaralności osób są uznawane za aktualne przez okres sześciu miesięcy, licząc od dnia upływu terminu na ich złożenie (interpretacja poprzez analogię do §5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Tym samym, pomijając wcześniejsze argumenty, w przypadku rejestru karnego, złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny zostać uznane za aktualne także na dzień 12 lipca 2017 r., albowiem pozostają one „aktualne” w okresie od 29 czerwca 2017 r. do 29 grudnia 2017 r. Dodatkowo, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wyklucza możliwości uznania dokumentów za aktualne wystawionych po upływie terminu składania wniosków i złożonych w terminie wyznaczonym na ich uzupełnienie.

Odwołujący podniósł ponadto, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w informacji o wykluczeniu z dnia 20 lutego 2018 r. obowiązek, by w treści uzupełnianych dokumentów widniała inna data, niż data wystawienia dokumentu, nie wynika także z treści ogłoszenia o zamówieniu. Z przywołanych w informacji z dnia 20 lutego 2018 r. postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu wynika jedynie, by dokumenty złożone były nie później, niż w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (Seksja III.2.1. pkt 2 ogłoszenia). Wymogu tego nie należy odnosić jednak do instytucji uzupełniania dokumentów uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lecz jedynie do dokumentów składanych wraz z wnioskiem. Istotą uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp instytucji uzupełniania, jest wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów po ocenie złożonych już wniosków, gdy zamawiający stwierdzi określone braki formalne. Nielogiczne jest odnoszenie wymogów ogłoszenia o zamówieniu złożenia dokumentów wraz z wnioskiem także do instytucji uzupełniania dokumentów, która przecież zakłada składanie dokumentów oddzielnie od samego wniosku oraz po terminie jego złożenia. Tym samym, wywodzenie z treści

ogłoszenia o zamówieniu obowiązku składania uzupełnianych dokumentów wystawionych na dzień 12 lipca 2017 r. stanowi nadinterpretację i niedopuszczalną zmianę treści ogłoszenia po upływie terminie składania wniosków.

Nadto, zgodnie z przywołanym przez zamawiającego przepisem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowił podstawą prawną wykluczenia odwołującego, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który (...) nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Odwołujący w postępowaniu złożył szereg dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odwołującego i odnoszących się do Compass Forwarding Co. Inc. jako członka konsorcjum. W sumie w odniesieniu do podstawy wykluczenia, wykonawca wraz z wnioskiem oraz w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia złożył łącznie jedenaście oświadczeń i dokumentów, z których każdy potwierdzał brak podstaw do wykluczenia odwołującego odpowiednio z art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Ponadto, odwołujący podkreślił, iż zarówno R. jak i R. S. posiadają aktualne poświadczenie dopuszczenia do tajemnicy państwowej o klauzuli Tajne (Secret) więc w sytuacji, gdyby byli karani za popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, straciliby certyfikaty. Również COMPASS Forwarding Co. Inc. ma certyfikat do informacji o klauzuli Tajne, więc w sytuacji zalegania z podatkami, utraciłoby ono poświadczenie do obsługi niejawnych przesyłek.

Izba ustaliła, że zamówienie jest udzielane na podstawie przepisów działu III rozdz. 4a ustawy Pzp (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Zamawiający, zawarł w ogłoszeniu informacje o warunkach udziału w postępowaniu, terminie złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz rodzajach i formach dokumentów wymaganych od wykonawców, koniecznych do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Po dokonaniu oceny wniosków złożonych przez wykonawców w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz dokumentów złożonych w toku wezwań do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca nie przedstawił we wniosku wszystkich wymaganych dokumentów m.in. w zakresie: złożenia odpowiednika wydawanego w USA Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy pzp, w odniesieniu do członków organu zarządzającego Compass Forwarding Co. Inc., dokumentu wydanego przez właściwe władze USA, zaświadczenia, że spółka Compass Forwarding Co. Inc. nie zalega z podatkami (innymi, niż opłaty lub podatki lokalne), o których mowa w 5 pkt 2 ww. rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenie wyjaśnień, a ponadto, w odpowiedzi na pismo odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów i wyjaśnień, zamawiający przypomniał wykonawcy, iż zgodnie z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp oraz sekcją III.2.1 pkt 2 ogłoszenia o postępowaniu, wykonawca składa żądane dokumenty wykazujące spełnianie warunków udziału, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. nie później niż na dzień 12 lipca 2017 r.

Odwołujący, na powyższe wezwanie przesłał pismo, w którym przekazał m.in.: poświadczone za zgodność z oryginałem dokumenty potwierdzające niekaralność członków organu zarządzającego wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczony za zgodność z oryginałem dokument potwierdzający brak zaległości z podatkami Compass Forwarding

Co. Inc. wraz z tłumaczeniem na język polski oraz wymagane wyjaśnienia w pozostałym zakresie.

Izba stwierdziła, że zarzuty są o tyle niezasadne, albowiem sam odwołujący składając

dokumenty na wezwanie zamawiającego potwierdził, że 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 (), 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 ().

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.

Nadto, zgodnie z przepisem art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca na żądanie

zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Odwołujący, na wezwanie zamawiającego, co prawda przedłożył dokumenty właściwe, ze względu na organ, który je wystawił, jednakże z ich treści nie wynika stan właściwy na dzień składania wniosków. W dokumentach tych ogólnie zostało stwierdzone, że osoby tam podane z imienia i nazwiska nie figurują w stosownych kartotekach, jednakże z uwagi na okoliczność dotyczącą możliwości zatarcia skazania w powiązaniu z datą wystawienia tych dokumentów, nie można jednoznacznie stwierdzić, że na dzień składania wniosków osoby te nie były skazane za przestępstwa karne.

Przepis art. 131 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa: 1) przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się; 2) zamawiający żąda od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Nie ma wątpliwości, i znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Izby, że po wejściu

w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w przypadku zamówień niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp (a takich właśnie zamówień dotyczy przywołane w treści odwołania wyroki Izby), dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków. Wynika to z faktu, że procedura przetargowa została tak zmieniona, że brak podstaw do wykluczenia wykonawcy potwierdza na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczeniem własnym zawartym w dokumencie JEDZ, a na dalszym etapie postępowania wykonawca wybrany składa dokumenty potwierdzające brak tych podstaw. Stanowią o tym przepisy art. 25a ust. 1

i 2 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy, do oferty lub wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3. Stosownie do art. 25a ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu. Z kolei art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Jeśli więc wykonawca oświadczy w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu, a następnie zostanie

wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 do złożenia dokumentów, to wówczas dokument z KRK może być wystawiony po terminie składania ofert lub wniosków, mam być on bowiem aktualny na dzień jego złożenia. W wyroku o sygn. akt KIO 785/17 Izba analogicznie potraktowała kwestię daty dokumentów składanych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stwierdzając, że w konsekwencji z okoliczności, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, w przeciwieństwie do art. 26 ust. 1 Pzp, nie wskazuje na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane wynikać może jedynie, że skoro pierwotne dokumenty miały być aktualne na dzień ich złożenia, to w ten sam sposób należy potraktować kwestię aktualności uzupełnianych dokumentów i przyjmować, że także one mają być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazane stanowisko Izby jest więc konsekwencją wprowadzonego do ustawy sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, przyjętego w zamówieniach niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp.

Odmierna sytuacja ma miejsce w przypadku zamówień obronnych, których nie dotyczą wskazane wyżej zmiany w procedurze. W postępowaniach tych dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia muszą wykazywać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków (art. 131e ust. 2) i nie stosuje się przepisów ustawy o jednolitym dokumencie (art. 131e ust. 2a). W przypadku zamówień obronnych obowiązujący obecnie stan prawny odpowiada zatem zasadom, jakie obowiązywały w odniesieniu do wszystkich zamówień przed nowelizacją z 2016 r. Pod rządami tamtych przepisów w orzecznictwie Izby ugruntowane było stanowisko, że składane dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą, muszą jednak potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z tym, że zmiana procedury w zakresie dokumentowania braku podstaw do wykluczenia nie odnosi się do zamówień obronnych, w przypadku tych zamówień również po nowelizacji dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia muszą potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków.

Odmiennego stanowiska nie można wywodzić - jak to zrobił Odwołujący - ze znowelizowanej treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ma wątpliwości, że jest to przepis obowiązujący także w przypadku zamówień obronnych i został on zastosowany w niniejszej sprawie przez zamawiającego jako podstawa wezwania. Nie wynika z niego jednak, że dokumenty składane w postępowaniach obronnych mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zmiana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegająca na wykreśleniu zdania, że złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania ofert, wynika z faktu zmiany w zakresie niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp. Wykreślenie tego zdania powoduje, że art. 26 ust. 3 nie stoi w sprzeczności z przepisami regulującymi sposób wykazywania warunków i braku podstaw do wykluczenia w przypadku tych zamówień. Jednocześnie stosowanie tego przepisu do zamówień obronnych musi uwzględniać przepis art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, a stanowiący wprost, że wykonawcy muszą potwierdzić brak podstaw do wykluczenia już na dzień składania ofert lub wniosków. Innymi słowy, przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji nie reguluje kwestii daty, na jaką złożone dokumenty mają potwierdzać określone okoliczności, a datę tę w odniesieniu do zamówień obronnych określa art. 131e ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko odwołującego. Wskazać bowiem należy, że kwestię aktualności dokumentów regulują wprost przepisy ustawy, a interpretacja prezentowana przez odwołującego jest sprzeczna z brzmieniem art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Podobne stanowisko wyraziła Izba w orzeczeniach z dnia 31 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 109/18 oraz z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 258/18 oraz KIO 263/18.

Izba stwierdziła, że co do zasady złożony na wezwanie zamawiającego dokument może mieć datę późniejszą niż data składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu byleby dokument taki potwierdzał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż na dzień składania wniosków, natomiast w zakresie zaświadczeń z KRK wobec istnienia instytucji zatarcia skazania nie ma możliwości złożenia takiego zaświadczenia z datą późniejszą.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że złożenie zaświadczenia o niekaralności członków organu zarządzającego, wystawionego po upływie terminu składania wniosków, nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia w dacie określonej przepisami dotyczącymi zamówień obronnych, albowiem informacje tam zawarte są ogólne, a z ich treści nie da się wywieść, w sposób jednoznaczny i bezsporny, że na dzień składania wniosków, tj. 12 lipca 2017 roku, osoby objęte tą informacją faktycznie nie były skazane. W związku z tym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania była zasadna.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dowód nr 1 zgłoszony przez

przystępującego konsorcjum DSV - informację ze strony internetowej stowarzyszenia adwokatów/izby adwokackiej wraz z tłumaczeniem na okoliczność, że istnieje w USA instytucja zatarcia skazania, albowiem z dokumentu tego wynika okoliczność na jaką ten dowód został powołany.

Analogiczna sytuacja dotyczy dokumentów złożonych w ramach potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia dotyczących zaległości podatkowych. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2526/12) w Stanach Zjednoczonych istnieje możliwość uzyskania dokumentu potwierdzającego niezaleganie z podatkami - Tax Clearance Certificate. Również w przypadku tego wymagania odwołujący w wykonaniu wezwania przedstawił stosowny dokument Corporate Tax Search

z dnia 22 grudnia 2017 r. wystawiony przez New York State Department of Taxation and

Finance. Dokument zawiera adnotację, iż ostatni wpis w omawianym dokumencie pochodzi z października 2017 r. W konsekwencji potwierdza stan faktyczny w podanym zakresie po dniu składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania będący jedynie konsekwencją wyżej stawianych zarzutów, w przypadku gdy Izba stwierdziła brak wadliwości w czynnościach zamawiającego, uznać należało za bezzasadny. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania, w sposób równy

i niedyskryminacyjny traktował wszystkich wykonawców, w tym odwołującego, nadto zamawiający przeprowadził postępowanie w zgodzie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Zarzut nr 4.

Odwołujący podniósł, iż składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonał zastrzeżenia niektórych informacji ujętych w dokumentach na stronach od 69 do 86 jako jego tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowiły dane dotyczące partnerów handlowych członka konsorcjum z USA, danych finansowych związanych z rozliczaniem zawartych kontraktów handlowych dotyczących m.in. wysokości wynagrodzenia oraz treści zawartych umów. Jednocześnie w złożonym wniosku odwołujący wskazał uzasadnienie dla dokonanego zastrzeżenia.

Pismem z dnia 20 lutego 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o braku uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podając powody swej decyzji zamawiający

odwołał się do bogatego orzecznictwa KIO oraz sądów. Wyciągając wnioski z orzecznictwa dla oceny dokonanego zastrzeżenia zamawiający wskazał powody swej decyzji, tj.: wykonawca „nie wskazał, które informacje - zawarte na stronach od 69 do 86 - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, zamawiający uznał, iż „informacje zawarte na wskazanych jako

zastrzeżone stronach wniosku nie mają charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa.”, zamawiający zarzucił, iż wykonawca „nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność zawarcia umowy o poufności.”, „w zakresie wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Wykonawca nie przedstawił dowodu, iż ujawnienie przedmiotowej tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby przynieść mu konkretne szkody materialne.”, zdaniem zamawiającego wykaz usług powinien być zawsze jawny.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, bezpodstawnie ujawniając - pomimo dokonanego i uzasadnionego zastrzeżenia w złożonym wniosku - informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego nie tylko narusza art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ale łamie w ten sposób podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych takich jak równe traktowanie i uczciwą konkurencję. Gdyby bowiem odwołujący (w szczególności członek konsorcjum z USA) wiedział, iż władze polskie nie chronią zastrzeżonych przez niego informacji jako poufnych najprawdopodobniej nie wzięłyby udziału w postępowaniu.

Powyższe postępowanie zamawiającego stanowi także naruszenie przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej postanowień Memorandum o porozumieniu między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzajemności w ramach zamówień obronnych, podpisanego w Waszyngtonie dnia 27 sierpnia 2011 r. oraz w Warszawie dnia 08 września 2011 r., w szczególności art. 2 ust. 4 lit. g. Jeżeli zamawiający oczekiwał złożenia szerszej informacji odnoszącej się do zastrzeganych informacji lub oczekiwał złożenia dodatkowych dowodów, mógł o nie wcześniej wystąpić.

Tymczasem przez okres 7 miesięcy jakie upłynęły od chwili złożenia wniosków, zamawiający nie wystąpił z żadną inicjatywą mającą na celu wyjaśnienie powyższej kwestii.

Odwolujący wskazał, że zamawiający we wzorcowym formularzu wniosku zawartym na stronie internetowej nie przewidział, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa były wskazywane w szczególny sposób. Taki wymóg nie wynikał także z ogłoszenia o zamówieniu. Stąd też, określenie informacji poprzez wskazanie stron dokumentów dołączanych do wniosku, które zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie naruszało wymogów zamawiającego. Odwołujący podniósł, iż nie wskazywał szczegółowo, które informacje zawarte na poszczególnych stronach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na brak takiego oczekiwania ze strony zamawiającego wyrażonego w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zasadniczo cała treść informacji ujęta na wskazanych stronach stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a więc ich wyszczególnianie było bezprzedmiotowe. Stawianie zarzutu, iż odwołujący nie dochował wymogu, który nie został przez zamawiającego wprost wyrażony stanowi złamanie zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący podniósł, iż partnerzy konsorcjum i ich kontrahenci są przedsiębiorstwami prywatnymi prowadzącymi działalność w dziedzinie obronności, stąd członek konsorcjum ma szczególne oczekiwania wobec jego lidera konsorcjum do zachowania w tajemnicy przekazywanych informacji. Ujawnienie przekazywanych informacji naraziłoby na utratę renomy odwołującego. Decyzja zamawiającego naraża jednak przede wszystkim na utratę zaufania polskich władz w odniesieniu do partnerów handlowych z USA.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa zasługują na taką ochronę. W szczególności wskazać należy, iż odwołujący w sposób bardzo ogólny, można wręcz wskazać - lakonicznie odniósł się do możliwości zastrzeżenia dokumentów złożonych wraz z wnioskiem, nie powołując się na żadne właściwe procedury czy też zapisy umów wiążących go ze współpracującymi firmami. Odwołujący nie opisał w sposób szczegółowy podejmowanych metod zapobiegających zapoznaniu się z dokumentami przez osoby nieuprawnione, które potwierdziłyby poufny charakter informacji oraz nie wykazał wartości gospodarczej każdego z tych dokumentów.

Nie ulega wątpliwości, iż główną zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność jego procedur. Stanowi ona prawo uczestników postępowania do uzyskiwania informacji na temat toczącego się postępowania, jednocześnie konstytuując wobec zamawiających obowiązek udostępniania wykonawcom tych danych. Orzecznictwo KIO, sądów powszechnych, a także poglądy doktryny wyraźnie wskazują, że wszelkie odstępstwa od zasady transparentności postępowania powinny być ściśle ograniczone i obwarowane określonymi, surowymi przesłankami. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku o sygn. akt KIO 2784/14: „Postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w warunkach transparentności - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy. Art. 8 ust. 1 ustawy pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne "z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego"; a także "realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem.”.

Izba wskazuje, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wynika wprost z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie wymaga od zamawiającego przedstawienia w jaki sposób taka informacja ma zostać zastrzeżona. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem za bezpodstawne należy uznać stwierdzenie odwołującego, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania w ogłoszeniu w jaki sposób należy zastrzec tajemnicę

przedsiębiorstwa.

Ponadto zdaniem Izby, uznanie informacji stanowiących wykaz wykonanych usług, oświadczenie o należyтым wykonaniu usług z tłumaczeniem, kopie faktur jak również jedną stronę umowy ze zleceniodawcą oraz korespondencję mailową nie wypełnia przesłanek pozwalających uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego odsyłają przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bowiem tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki: 1) są nieujawnione do wiadomości publicznej, 2) posiadają wartość gospodarczą (na przykład informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa), 3) przedsiębiorca podjął co do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem Izby, to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia spoczywa obowiązek wykazania, iż dane informacje powinny zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący powołał się na obowiązek zachowania poufności wynikający z zawartej umowy o poufności z dostawcą uzbrojenia na rzecz, którego świadczone były usługi celno-spedycyjne. Jednak poza ogólnymi stwierdzeniami, iż ujawnienie zastrzeżonych informacji może podważyć zaufanie partnerów handlowych wykonawcy - uczestnika konsorcjum o możliwości zagrożenia reputacji jako wiarygodnego partnera handlowego, nie dołączył przywołanej umowy ani innych dokumentów stwierdzających potrzebę chronienia niniejszych danych ani nie przedstawił także dowodów na okoliczność tego, że podjął działania inne niż samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zmierzające do zachowania poufności. W podobny sposób wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt KIO 864/17 KIO 872/17.

W związku z powyższym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 449/18

Dnia 2 marca 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o. (dalej „odwołujący”

lub „konsorcjum DSV”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności podjętej przez zamawiającego polegającej na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy FIGHTS ON LOGISTICS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

i uznaniu, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, względnie zaniechaniu wezwania wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw do wykluczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust. 1 oraz 1a PZP w zw. z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) w zw. z art. 78 § 1 oraz art. 104 Kodeksu cywilnego poprzez bezzasadne uznanie, że wykonawca FIGHTS ON złożył skutecznie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podczas gdy złożony przez tego wykonawcę wniosek nie został prawidłowo podpisany przez jedną z osób uprawnionych do jego reprezentacji, co czyni ten wniosek nieważnym z mocy prawa, a jego złożenie nie wywołuje żadnych skutków prawnych i w konsekwencji wniosek ten w ogóle nie powinien podlegać ocenie przez zamawiającego,

w przypadku przyjęcia przez Izbę, że wykonawca FIGHTS ON skutecznie złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odwołujący zarzucił naruszenie:

2. art. 51 ust. 1 oraz 1a PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 131e ust. 2

PZP, poprzez bezzasadne uznanie, że wykonawca FIGHTS ON wykazał nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wskazanych w sekcji III, 2.3) pkt 4 oraz 5 ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy wykonawca FIGHTS ON na potwierdzenie spełnienia tych warunków

udziału wykazał zasoby podmiotu trzeciego - CEVA FREIGHT (POLAND) Sp. z o.o., który wskazanych warunków udziału nie spełnia, a w rzeczywistości podmiotem udostępniającym w tym zakresie swoją zdolność techniczną lub zawodową pozostaje inny podmiot - CEVA FREIGHT LLC, w stosunku do którego wykonawca FIGHTS ON nie wykazał nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału braku zaistnienia przesłanek wykluczenia,

3. art. 51 ust. 1 oraz 1a PZP w zw. z art. 22a ust. 2 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U.

z 2016 r. poz. 1126) poprzez bezzasadne uznanie, że wykonawca FIGHTS ON udowodnił zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi

zasobami CEVA FREIGHT (POLAND) Sp. z o.o. oraz LOGMASTER Sp. z o.o. Sp. k.,

podczas gdy przedstawione w celu wykazania powyższego zobowiązania wskazanych podmiotów nie zawierają konkretnej informacji o udostępnionych na rzecz wykonawcy FIGHTS ON zdolnościach, a zawierają jedynie lakoniczne odniesienie do poszczególnych sekcji ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. unieważnienie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy FIGHTS ON oraz ponowienie czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z wyłączeniem tego wykonawcy, względnie o nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy FIGHTS ON do uzupełnienia dokumentów zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wykazał, iż stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP wskazanych w petitum odwołania. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w dążeniu do „wyeliminowania”, już na obecnym etapie postępowania, wykonawcy konkurencyjnego - wykonawcy FIGHTS ON, który jako jedyny obok odwołującego przeszedł „pozytywnie” etap badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania leży zatem w interesie odwołującego, ponieważ zwiększy to odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia. Stanowisko odwołującego znajduje uzasadnienie chociażby w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 października 2012 r., sygn. akt KIO 2036/12. Interes odwołującego wiąże się także nieodzownie z drugą z przesłanek wymaganych dla wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Szkoda odwołującego ma charakter potencjalny i sprowadza się do możliwości ograniczenia jego szans na uzyskanie zamówienia, co mogłoby mieć miejsce w sytuacji, kiedy zmuszony byłby on do konkurowania w drugim etapie postępowania (składanie ofert) z wykonawcą, który w ogóle nie powinien zostać do niego zaproszony. Potencjalny charakter szkody, o której mówi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdza przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Fights On Logistics sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący legitymuje się interesem rozumianym w trybie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem 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 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący się wykonawca posiada interes w uzyskaniu tego zamówienia, w tym zakresie w interesie tego wykonawcy leży również zmaksymalizowanie ograniczenia konkurencji oraz wobec hipotetycznie na moment wniesienia odwołania, wadliwej czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę poprzez nie udzielenie mu tego zamówienia publicznego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1.

Odwołujący podniósł, iż szereg dokumentów stanowiących załączniki do wniosku było podpisanych przez P. Marcina L. (prezesa zarządu) oraz Pana T. M. (członka zarządu). Pod wnioskiem widnieją wprawdzie pieczętki imienne Pana M.L. oraz Pana Tomasza M., jednak w przypadku tego dokumentu druga ze wskazanych osób nie złożyła swojego własnoręcznego podpisu, a jedynie parafowała ten dokument. Powyższe jest oczywiste w świetle całokształtu dokumentacji przedłożonej przez wykonawcę FIGHTS ON wraz z wnioskiem. Odwołujący przykładowo wskazał, że prawidłowe podpisy Pana T. M. widnieją pod zapytaniem do KRK o udzielenie informacji o niekaralności (str. 12 wniosku), pełnomocnictwem udzielonym Panu A.D. (str. 22 wniosku) czy też wykazem agentów celnych skierowanych przez wykonawcę FIGHTS ON do realizacji zamówienia. Tymczasem pod wnioskiem, przy pieczętce imiennej Pana T. M. widnieje jedynie bliżej nieokreślony znak graficzny, którego a contrario nie można uznać za podpis. W szczególności odwołujący zwrócił uwagę, że znak graficzny widniejący pod wnioskiem jest identyczny ze złożonymi przez Pana T. M. parafami poświadczającymi zgodność kopii dokumentów przedkładanych przez wykonawcę FIGHTS ON z ich oryginałami. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na poświadczenie kopii Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego (str. 19 wniosku) czy na poświadczenie kopii Certyfikatu Wewnętrznego Systemu Kontroli (str. 21 wniosku). Powyższe prowadzi do wniosku, że Pan Tomasz M. nie podpisał wniosku, a jedynie go parafował.

Odwołujący wskazał również, że do wniosku zostały załączone dokumenty, na których umieszczono podpis Pana T. M. składający się z jego pełnego nazwiska. W przeciwieństwie do tych dokumentów, sam wniosek nie został przez niego podpisany, a co najwyżej został on parafowany. Konsekwencją powyższego uchybienia dla wniosku jest jego nieważność, na co jednoznacznie wskazują dwie podstawy prawne.

Po pierwsze, sankcję nieważności złożonego wniosku odwołujący wywodził z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zgodnie z którym „w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem 18 października 2018 r., a w przypadku postępowań prowadzonych przez centralnego zamawiającego, przed dniem 18 kwietnia 2017 r. oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo - za zgodą zamawiającego - w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu”.

Po drugie, sankcję nieważności w odniesieniu do zaistniałej sytuacji przewiduje także art. 104 Kodeksu cywilnego, ponieważ złożenie wniosku stanowiło jednostronną czynność prawną dokonaną w cudzym imieniu bez należytego umocowania (podpis skutecznie złożyła tylko jedna z dwóch osób, których łączne działanie było niezbędne z punktu widzenia zasad reprezentacji wykonawcy FIGHTS ON).

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, wniosek jest z mocy prawa nieważny,

a zamawiający w ogóle nie był uprawniony aby dokonać jego oceny. W takiej sytuacji zamawiający zobligowany był wniosek pominąć, przyjmując że nie został on złożony. Jednocześnie, na obecnym etapie postępowania, przepisy ustawy Pzp, nie przewidują możliwości uzupełnienia braku podpisu osoby uprawnionej do reprezentacji wykonawcy FIGHTS ON.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że wniosek wykonawcy Fights On jest nieważny z mocy prawa. Izba stwierdziła, że jeden z podpisujących ten wniosek oraz inne dokumenty umocowany przedstawiciel wykonawcy posługiwał się dwoma różnymi podpisami, jednakże dają one się zidentyfikować jako podpis, opatrzone zostały ponadto pieczęcią imienną, oraz samo miejsce złożenia podpisu nie budzi wątpliwości co do jego charakteru. Z całą mocą należy podkreślić, że nie jest to paraafa.

Nadto wskazać należy, iż o oświadczeniu woli złożonym w formie pisemnej mówimy w przypadku złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść (art. 78 § 1 kodeksu cywilnego). Przeszkody w uznaniu złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może stanowić fakt, iż podpis Pana T. M. nie składa się z pełnego imienia i nazwiska, a jedynie z nieczytelnego podpisu opatrzonego pieczęcią imienną. Zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym, wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędącym koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalającym na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła (wyrok z dnia 10.11.2006 r., sygn. akt II FSK 1144/05). W przedmiotowej sprawie znaki złożone na poszczególnych pozostałych dokumentach bez wątpienia pozwalają na zidentyfikowanie osoby, która je złożyła, a zatem pozwalają ustalić mocodawcę składanego oświadczenia woli.

Zarzut nr 2.

Odwołujący wskazał, iż w treści złożonego wniosku wykonawca FIGHTS ON oświadczył na stronie 20, że jego przedstawiciel na terytorium USA posiada pracowników spełniających wymaganie postawione w pkt 5.1 sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie na str. 33 wniosku (wykaz infrastruktury i urządzeń) wykonawca FIGHTS ON oświadczył, że jego agentem celno-spedycyjnym na terytorium USA będzie CEVA FREIGHT LLC („CEVA LLC”). Jako podstawę dysponowania tym podmiotem wykonawca FIGHTS ON wskazał umowę o podwykonawstwo. Na str. 39-40 wniosku wykonawcy FIGHTS ON znalazło się zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy wskazanych tam

zasobów, którymi dysponuje podmiot trzeci - CEVA FREIGHT (POLAND) Sp. z o.o. („CEVA POLAND”). Z treści tego zobowiązania wynika, że wskazany podmiot trzeci udostępnił na rzecz wykonawcy FIGHTS ON, m.in. swoją zdolność techniczną, o której mowa w sekcji

III.2.3 pkt 4 (tj. odpowiednia infrastruktura magazynowo-biurowa, elektroniczny system

śledzenia przesyłek oraz numer CAGE, którymi miał dysponować agent celno-spedycyjny wykonawcy na terytorium USA) oraz pkt 5 (tj. wykwalifikowani pracownicy, którymi miał dysponować agent celno-spedycyjny wykonawcy na terytorium USA) ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z treścią tego zobowiązania, zasoby udostępnione na rzecz wykonawcy FIGHTS ON przez CEVA POLAND miały być dostępne poprzez bezpośredni udział tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia jako podwykonawca, w szczególności polegający na oddaniu wykonawcy FIGHTS ON m. in. niezbędnej infrastruktury, zaplecza technicznego i zasobów kadrowych.

Zdaniem odwołującego, istnieją podstawy do przyjęcia, że warunki odnoszące się do agenta celno-spedycyjnego wykonawcy wskazane w sekcji III.2.3) pkt 4 oraz pkt 5 stanowiły de facto warunki udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem było inaczej, wykonawca FIGHTS ON nie uwzględniałby ich w treści zobowiązania CEVA POLAND.

Konsekwentnie zatem w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym należy uznać, że wykonawca FIGHTS ON nie wykazał spełnienia wskazanych powyżej warunków udziału. Wykonawca ten w swoim wniosku wskazał na podmiot trzeci - CEVA POLAND, który miałby rzekomo udostępnić swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia omawianych warunków udziału. Jednocześnie na str. 33 swojego wniosku, spełnienie tych warunków zostało wykazane poprzez wskazanie innej spółki - CEVA LLC. Z treści samego wniosku wykonawcy FIGHTS ON wynika zatem oczywista sprzeczność w zakresie tego, w jaki sposób wykonawca FIGHTS ON spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w sekcji III.2.3) pkt 4 oraz pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu. W tym zakresie możliwe są dwa alternatywne rozwiązania, obydwa prowadzące do wykluczenia wykonawcy FIGHTS ON.

Jeżeli wykonawca FIGHTS ON zamierza spełnić warunki udziału w postępowaniu powołując się na podmiot trzeci - CEVA POLAND to należy uznać, że nie wykazał spełnienia

tych warunków. Wskazany podmiot trzeci nie posiada bowiem ani infrastruktury biurowo-magazynowej na terenie USA, ani elektronicznego systemu śledzenia przesyłek na terenie USA, nie posiada kodu CAGE czy też jakichkolwiek pracowników na terenie USA.

Jeżeli jednak wykonawca FIGHTS ON zamierza spełnić warunki udziału w postępowaniu powołując się na potencjał CEVA LLC, to powinien przedłożyć dla tego podmiotu zobowiązanie do udostępnienia jego potencjału w tym zakresie (tak jak miało to miejsce w przypadku CEVA POLAND) oraz dokumenty potwierdzające brak zaistnienia w stosunku do tego podmiotu przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednocześnie, zdaniem odwołującego, nie jest uprawnionym przyjęcie, że wykonawca FIGHTS ON korzysta z potencjału CEVA POLAND, która stanowi spółkę powiązaną z faktycznym podwykonawcą CEVA LLC. W takiej bowiem sytuacji wykonawcę z jego podwykonawcą nie wiąże żaden bezpośredni stosunek prawny, a zamawiający nie ma żadnej pewności, że wykonawca FIGHTS ON zapewni poprawną realizację przedmiotu zamówienia. Co więcej, przyjęcie takiej koncepcji (CEVA LLC --> CEVA POLAND --> wykonawca FIGHTS ON) stanowiłoby niedozwoloną polskimi przepisami PZP, jak również przepisami unijnych dyrektyw zamówieniowych konstrukcję kaskadowego udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci (zwaną też w orzecznictwie KIO, jako udostępnianie potencjału przez podmiot czwarty).

Izba zarzut powyższy uznała za bezzasadny. W tym zakresie Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego Fights On, wskazując, iż wykonawca ten skorzystał z jednego z możliwych i dopuszczonych przez zamawiającego rozwiązań, tj. posiłkował się zasobami podmiotu udostępniającego swoje zasoby, który w ramach swojego potencjału powołał się na podwykonawcę, w stosunku do którego brak jest obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w odpowiedziach na pytania z 22 oraz 28 czerwca 2017 roku, każdorazowo potwierdzał, że wykonawca nie musi przedkładać żadnych dokumentów (potwierdzających brak zaistnienia przesłanek wykluczenia) dla agenta celno-spedycyjnego wykonawcy działającego na terenie USA.

Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu określonym w sekcji III.2.3) pkt 4 i 5 ogłoszenia, zamawiający wymagał wyłącznie tego, aby wykonawca miał swoje przedstawicielstwo lub podpisaną umowę agencyjną z firmą celno-spedycyjną działającą na terytorium USA. Jednocześnie, przedstawiciel wykonawcy lub jego agent celno-spedycyjny działający na terytorium USA powinien spełniać wymagania określone szczegółowo w sekcji III.2.3) pkt 4.1.1.-4.1.3. oraz w pkt 5 ogłoszenia, dotyczące m.in. infrastruktury magazynowo-biurowej, elektronicznego systemu śledzenia przesyłek, kodu CAGE oraz kompetencji pracowników. Co istotne, wymagania te nie stanowiły jednak warunku udziału w postępowaniu, a jedynie cechy (specyfikację) jakie powinien posiadać agent celno-spedycyjny lub przedstawiciel wykonawcy w USA.

We wniosku złożonym przez wykonawcę Fights On jednoznacznie wskazano, iż w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego łącznie w sekcji III.2.3) pkt 4 i 5 ogłoszenia polega on na potencjale podmiotu trzeciego, którym jest Ceva Freight Poland sp. z o.o. Mając zatem na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) pkt 4 i 5 ogłoszenia, jak również udzielone w tym kontekście odpowiedzi zamawiającego, należało stwierdzić, iż:

a) Ceva Freight LLC jest agentem celno-spedycyjnym działającym w USA, który spełnia wymagania określone przez zamawiającego w sekcji III.2.3) pkt 4.1.1 - 4.1.3 oraz w pkt 5 ogłoszenia, tj. posiada niezbędną infrastrukturę magazynowo biurową, elektroniczny system śledzenia przesyłek, kod CAGE oraz odpowiednio wykwalifikowanych pracowników,

b) Ceva Freight Poland sp. z o.o. posiada z Ceva Freight LLC umowę agencyjną,

c) Ceva Freight Poland sp. z o.o. udostępnia przystępującemu swój zasób tj. umowę agencyjną, na mocy której Fights On może korzystać z obsługi agenta celno-spedycyjnego w USA tj. Ceva Freight LLC,

d) Ceva Freight LLC nie udostępnia Fights On ani „potencjału”, o którym mowa w sekcji III.2.3) pkt 4.1.1 - 4.1.3 oraz w pkt 5 ogłoszenia, ani jakichkolwiek innych zasobów, których wymaga zamawiający w ramach poszczególnych warunków udziału w postępowaniu (np. wiedzy, doświadczenia, zdolności ekonomicznej, finansowej, etc.), albowiem Ceva Freight LLC będzie uczestniczyła bezpośrednio w realizacji zamówienia jedynie w charakterze podwykonawcy, wykonując osobiście całość prac, za które odpowiada agent celno-spedycyjny w USA, korzystając przy tym z własnych zasobów, w szczególności tych, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt 4.1.1 - 4.1.3 oraz w pkt 5 ogłoszenia,

e) w konsekwencji, Ceva Freight LLC nie jest podmiotem trzecim udostępniającym Fights

On swe zasoby na zasadach opisanych w art. 22a ustawy Pzp, a zatem nie jest

zobowiązana do przedkładania jakichkolwiek dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Przedstawiona forma udziału agenta celno-spedycyjnego w USA w realizacji zamówienia jest zatem w pełni zgodna z treścią ogłoszenia, doprecyzowaną odpowiedziami zamawiającego z dnia 22 czerwca i 28 czerwca 2017 r.

Zarzut nr 3.

Odwołujący podniósł, iż choć w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji oraz braku podstaw do wykluczenia (str. 30 wniosku) wykonawca Fights On wskazał, że polega na zasobach innych podmiotów, tj. CEVA POLAND oraz LOGMASTER Sp. z o.o. Sp.k., to nie udowodnił zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tych podmiotów, do czego jest zobowiązany z mocy art. 22a ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności za niewystarczające należy uznać załączone do wniosku zobowiązania do udostępnienia zasobów przez CEVA POLAND (str. 39-40 wniosku) oraz LOGMASTER (str. 72-73 wniosku). W zobowiązaniach nie zostało wskazane jakie konkretnie zasoby zostają udostępnione wykonawcy Fights On. Wręcz przeciwnie, zawierają one jedynie lakoniczne odniesienie do poszczególnych sekcji ogłoszenia o zamówieniu, bez sprecyzowania jakie dokładnie doświadczenie czy personel zostaje oddany do dyspozycji wykonawcy Fights On.

W ocenie odwołującego, opisane powyżej niejasności zobowiązań mogą budzić wątpliwości w zakresie realności udostępnienia przez CEVA POLAND oraz LOGMASTER zasobów na rzecz wykonawcy Fights On. W konsekwencji powyższego odwołujący wskazał, że zamawiający powinien wezwać wykonawcę Fights On, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązań poprzez wskazanie konkretnych zasobów użyczonych jej przez CEVA POLAND oraz LOGMASTER.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca Fights On przedstawił prawidłowe zobowiązania podmiotów

udostępniających swoje zasoby, które pokrywają się swoją treścią z wymaganiami opisanymi

w § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nadto zarówno zobowiązanie udzielone na rzecz przystępującego przez Ceva Freight Poland sp. z o.o. jak i to udzielone przez Logmaster sp. z o.o. sp.k. w klarowny sposób wskazują na zakres i charakter udostępnianych przez te podmioty zasobów. Zobowiązania te czynią zadość wymogom stawianym zobowiązaniom do udostępnienia zasobów wynikającym z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp. Zobowiązania udzielone na rzecz Fights On precyzyjnie wskazują bowiem w jakim zakresie (szczegółowo w odniesieniu do danej sekcji ogłoszenia o zamówieniu) oraz w jaki sposób wykorzystywane będą konkretne zasoby.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

KIO 471/18

Dnia 12 marca 2018 roku wykonawca Fights On Logistics sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”

lub „wykonawca Fights On”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego, polegających na: zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy - konsorcjum DSV, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) pkt 4 Ogłoszenia, polegającego na tym, aby wykonawca „miał swoje przedstawicielstwo lub podpisaną umowę agencyjną z firmą celno-spedycyjną działającą na terytorium USA”; zaniechaniu wezwania

konsorcjum DSV do złożenia wyjaśnień w zakresie niekaralności osób reprezentujących podmiot trzeci, na zasobach którego polega konsorcjum DSV - tj. DSV Air&Sea Inc. z siedzibą New Jersey, USA (dalej jako: „DSV Air&Sea”) oraz tego jakie osoby są powołane do jego reprezentacji, a także czy istnieją w tym podmiocie organy nadzorcze i jakie osoby wchodzi w skład tych organów; zaniechaniu wezwania konsorcjum DSV do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności osób reprezentujących DSV Air&Sea.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1

oraz ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 22a ust. 3 p.z.p. w zw. z §7 pkt 1 i 3 oraz §9 pkt 2 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. z 2016 r. poz. 1126) (dalej jako: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum DSV z postępowania pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) pkt 4 ogłoszenia, polegającego

na tym, aby wykonawca „miał swoje przedstawicielstwo lub podpisaną umowę agencyjną z firmą celno-spedycyjną działającą na terytorium USA”;

2. art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 2 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania

konsorcjum DSV do złożenia wyjaśnień w zakresie niekaralności osób reprezentujących DSV Air&Sea oraz tego jakie osoby są powołane do jego reprezentacji, a także czy istnieją w tym podmiocie organy nadzorcze i osoby wchodzą w skład tych organów;

3. art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 131e ust. 2 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania

konsorcjum DSV do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności osób reprezentujących DSV Air&Sea oraz wchodzących w skład organów nadzorczych

tego podmiotu;

4. art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów p.z.p.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez konsorcjum DSV;

- wykluczenie konsorcjum DSV z postępowania; ewentualnie:

- unieważnienie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez konsorcjum DSV;

- dokonanie powtórnego badania i oceny wniosku złożonego przez konsorcjum DSV;

- wezwanie konsorcjum DSV do złożenia wyjaśnień w zakresie niekaralności osób reprezentujących DSV Air&Sea oraz tego jakie osoby są powołane do jego reprezentacji, a także czy istnieją w tym podmiocie organy nadzorcze i jakie osoby wchodzą w skład tych organów;

- wezwanie konsorcjum DSV do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności osób reprezentujących DSV Air&Sea,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania;

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wykazał, iż stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu przedmiotu zamówienia, albowiem poniósł szkodę w wyniku podjęcia przez zamawiającego czynności sprzecznej z ustawą Pzp oraz określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganiami. Interes odwołującego w złożeniu odwołania jest oczywisty, albowiem wykluczenie odwołującego z postępowania, pozbawia go możliwości dalszego

udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówień udzielanych na podstawie zawartej w wyniku postępowania umowy ramowej, doprowadzając do powstania oczywistej szkody odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DSV Air & Sea sp. z o.o., UTI POLAND sp. z o.o., DSV Road sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący legitymuje się interesem rozumianym w trybie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem 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 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący się wykonawca posiada interes w uzyskaniu tego zamówienia, w tym zakresie w interesie tego wykonawcy leży również zmaksymalizowanie ograniczenia konkurencji oraz wobec hipotetycznie na moment wniesienia odwołania, wadliwej czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę poprzez nie udzielenie mu tego zamówienia publicznego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie polegające na niewykluczeniu z postępowania konsorcjum DSV. Zdaniem odwołującego, konsorcjum DSV na dzień złożenia wniosku musiało mieć swoje przedstawicielstwo lub podpisaną umowę agencyjną z firmą celno-spedycyjną działającą na terytorium USA. Wynika to wprost z literalnego brzmienia warunku (sekcja III.2.3 pkt 4.1 ogłoszenia). Nie jest zatem możliwe wskazanie jako agenta celno-spedycyjnego podmiotu, który na dzień złożenia wniosku nie jest przedstawicielem wykonawcy lub, z którym umowa agencyjna zostanie podpisana dopiero po terminie składania wniosków. Tymczasem z oświadczenia złożonego przez DSV Air&Sea pn. „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia posiadanych zasobów” (str. 295 wniosku) jasno wynika, że nie została zawarta żadna umowa (w tym umowa agencyjna) łącząca DSV Air&Sea z konsorcjum DSV, na mocy której DSV Air&Sea uczestniczyłaby w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Świadczą o tym następujące fragmenty ww. oświadczenia DSV Air&Sea, cyt.: „Dodatkowo, Spółka w zakresie opisu sposobu wykorzystania powyżej wskazanego zasobu Spółki przez Wykonawcę, oświadcza, że będzie on wykorzystany poprzez bezpośredni udział Spółki w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy”, „W związku z powyższym oświadczam, że Wykonawcę ze Spółką będzie łączył stosunek umowny wynikający z umowy podwykonawczej.”.

Skoro z oświadczenia załączonego do złożonego wniosku wynika, że DSV Air&Sea będzie łączył stosunek umowny z konsorcjum DSV, to a contrario należałoby przyjąć, że na dzień złożenia wniosku stosunek taki nie powstał. Takie działanie konsorcjum DSV stoi w sprzeczności, z treścią warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcę z jego agentem celno-spedycyjnym (podwykonawcą) powinien łączyć stosunek umowny już w dniu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że konsorcjum DSV nie wykazało w sposób nie budzący wątpliwości, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w sekcji III.2.3) pkt 4 oraz w pkt 5 ogłoszenia, co powinno skutkować wykluczeniem konsorcjum DSV z postępowania.

Zdaniem Izby, co do zasady zarzut należało uznać za bezzasadny, albowiem odwołujący stawia zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jak to wynika

z przepisów, orzecznictwa oraz doktryny, pierwszeństwo przed wykluczeniem wykonawcy, ma obligatoryjne zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a odwołujący w tym zakresie zarzutu nie postawił. Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba stoi na stanowisku, że przystępujący konsorcjum DSV nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez wykonawcę swojego przedstawicielstwa lub posiadania podpisanej umowy agencyjnej z firmą celno-spedycyjną działającą na terytorium USA. Bezsprzeczne w sprawie jest, że przystępujący nie posiada swojego przedstawicielstwa, a z ustaleń Izby poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania wynika jednoznacznie, że taka umowa ma być dopiero podpisana. Dlatego też w tym zakresie konieczne byłoby w pierwszej kolejności wezwanie wykonawcy do uzupełnienia stosownego oświadczenia lub dokumentu i dopiero w przypadku jego nieuzupełnienia lub wadliwego uzupełnienia wykluczenie przystępującego z postępowania.

Zarzut nr 2.

Odwołujący podniósł, iż w odniesieniu do DSV Air&Sea, konsorcjum DSV zobowiązane było do przedłożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych w sekcji III.2.1) pkt 6.4.1 ogłoszenia, w tym m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż DSV Air&Sea jest podmiotem zagranicznym z siedzibą w USA stosuje się do niego szczególny reżim dokumentacyjny, który zakłada, że w odniesieniu do osoby mającej miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, której dotyczy informacja z KRK, składa informację z odpowiedniego rejestru, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W powyższym zakresie, w odniesieniu do DSV Air&Sea, konsorcjum DSV przedłożyło następujące dokumenty i oświadczenia:

- a. korespondencję z 10 lipca 2017 r. pomiędzy W. P.B. - tj. pułkownikiem Sił Powietrznych Stanów Zjednoczonych z pułkownikiem Dariuszem P. - tj. pułkownikiem oraz Szefem Inspektoratu Uzbrojenia,
- b. informację z 5 lipca 2017 r. przesłaną przez J.K. - tj. Szefa Biura FBI w Polsce do Ambasady USA w Polsce,
- c. oświadczenie z 19 maja 2017 r. złożone przed notariuszem w imieniu DSV Air&Sea przez Nielsa L., Sorena P. oraz Peeta Van D.S.
- d. oświadczenie z 19 maja 2017 r. złożone przed notariuszem w imieniu własnym przez Nielsa L., Sorena P. oraz Peeta Van D.S.

Zdaniem odwołującego, powyższe dokumenty i oświadczenia w żaden sposób nie spełniają jednak wymagań dotyczących dokumentów składanych przez podmioty zagraniczne, określonych w sekcji III.2.1 pkt 4.1 i 5.1 ogłoszenia. Odnosząc się do korespondencji, odwołujący zauważył, iż dokument ten nie pochodzi z odpowiedniego rejestru, ani też nie został wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny USA. Jego autorem jest pułkownik Sił Powietrznych Stanów Zjednoczonych, który z pewnością nie jest uprawniony do wydawania zaświadczeń o niekaralności obywateli USA. Nadto, z treści korespondencji wynika, że „członkowie Zarządu DSV Air&Sea posiadają czyste kartoteki karne, w których nie figurują żadne wpisy.”. Brak jest jednak wskazania konkretnych osób (w korespondencji nie zostały one wymienione z imienia i nazwiska - mowa jest jedynie o „członkach Zarządu DSV Air&Sea”) oraz określenia składu osobowego zarządu DSV Air&Sea. Odwołujący zaznaczył, że z żadnego dokumentu załączonego do wniosku złożonego przez konsorcjum DSV nie wynika jakie osoby wchodzi w skład zarządu DSV Air&Sea. Odwołujący podkreślił również, iż w korespondencji mowa jest nie o podmiocie o nazwie „DSV Air&Sea”, bez podania jego adresu lub innych danych identyfikacyjnych. Tymczasem, zgodnie z oficjalnym sprawozdaniem grupy kapitałowej DSV za 2017 r. w skład tej grupy wchodzi aż 58 podmiotów o nazwie „DSV Air&Sea”, z czego aż 4 w samej Ameryce

Północnej. Co prawda podmioty te różnią się formą prawną, która zostaje ujawniona w nazwie (np. S.A., LLC, Inc.), jednak informacji takiej brakuje w korespondencji, dlatego też

bazując jedynie na określeniu „DSV Air&Sea”, niemożliwym jest wskazanie, o którą konkretnie spółkę DSV Air&Sea chodzi. Tylko nieco lepiej stan rzeczy kształtuje się w przypadku informacji. Co prawda w jego treści skonkretyzowano nazwę spółki DSV Air&Sea poprzez określenie jej formy prawnej tj. „DSV Air&Sea Incorporated, jednak w świetle przytaczanego powyżej oficjalnego sprawozdania z działalności grupy kapitałowej DSV za 2017 r., na świecie istnieją 4 spółki o takiej samej nazwie, z czego 2 w Ameryce Północnej. W konsekwencji, także bazując na treści informacji nie można stwierdzić, o którą spółkę „DSV Air&Sea Inc. chodzi.

Odwolujący zwrócił uwagę, że w informacji wymienione są jedynie imiona i nazwiska 3 osób, w żaden sposób nie przesądzając, czy osoby te są członkami zarządu DSV Air&Sea Inc., a jeżeli nawet by tak było, to czy są one jedynymi członkami tego zarządu i czy poza zarządem nie ma innych osób uprawnionych do reprezentacji DSV Ar&Sea i czy spółka DSV

Air&Sea nie posiada rady nadzorczej, której członkowie również powinni przedstawić stosowne dokumenty dotyczące niekaralności. Na fakt istnienia rady nadzorczej w spółce DSV Air&Sea oraz innych osób powołanych do jej reprezentacji wskazuje natomiast Oświadczenie DSV (str. 288 wniosku), w którym Niels L., Soren P. oraz Peet Van D.S. oświadczają w imieniu DSV Air&Sea, że są osobami uprawnionymi do reprezentacji DSV Air&Sea (z oświadczenia tego oraz oświadczenia reprezentantów DSV nie wynika jednakże, czy są oni jedynymi reprezentantami DSV Air&Sea) oraz że żaden członek organu zarządzającego Spółką oraz członek organu nadzorczego lub jakakolwiek inna osoba uprawniona do reprezentacji Spółki nigdy nie została skazana prawomocnie za przestępstwo. Oświadczenie DSV wskazuje zatem wprost, że poza organem zarządzającym

w spółce DSV Air&Sea istnieje także organ nadzorczy oraz inne osoby uprawnione do jej reprezentacji, w stosunku do których, wbrew obowiązкови wynikającemu z ogłoszenia oraz z rozporządzenia w sprawie dokumentów, konsorcjum DSV nie przedstawiło żadnych

dokumentów dotyczących ich niekaralności. Nadto, wbrew obowiązкови wynikającemu z §7 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, osoby te nie zostały skonkretyzowane (mowa jest jedynie ogólnie o członkach organu nadzorczego oraz o innych osobach uprawnionych do reprezentacji spółki) oraz nie złożyły one stosownego oświadczenia we własnym imieniu. Złożenie przez konsorcjum DSV zarówno oświadczenia DSV jak i oświadczenia reprezentantów DSV wynikało zapewne z tego, że konsorcjum DSV zdawało sobie sprawę ze „słabości” dowodowej korespondencji oraz informacji. Oświadczenia takie mogłyby zostać złożone przez konsorcjum DSV jedynie w przypadku określonym w §7 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. w przypadku, gdy w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie można uzyskać informacji z odpowiedniego rejestru, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.

W analizowanym stanie faktycznym, w odniesieniu do osób zamieszkujących w USA, można jednak z łatwością taki dokument uzyskać, przez co brak jest podstaw do zastępowania go oświadczeniem DSV lub oświadczeniem reprezentantów DSV. Za dokument ten nie może jednak zostać uznana informacja wystawiona przez Szefa FBI w Polsce. Dodatkowo przemawia za tym fakt, iż informacja nie jest oficjalnym dokumentem wystawianym przez służby FBI, tj. FBI Identification Record.

W zakresie tego zarzutu, 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. Nadto w odniesieniu do pozostałej argumentacji powołanej do uzasadnienia omawianego zarzutu wskazać należy, iż odwołujący opiera się głównie o domniemania i niesprawdzone informacje.

Nadto wskazać należy, iż dokumentem potwierdzającym niekaralność członków zarządu firmy DSV Air&Sea Inc. jest dokument wystawiony przez U.S. Departament of Justice FBI z dnia 5 lipca 2017 r. podpisany przez Szefa Biura FBI w Polsce. Izba stwierdziła, że uznanie przez zamawiającego tego dokumentu wynika z informacji znajdujących się na oficjalnej stronie internetowej Departamentu Stanu USA ([emergencies/emergencies-1201.html](https://www.fbi.gov/emergencies/emergencies-1201.html)), zgodnie z której wynika, iż w Stanach Zjednoczonych różne organy mogą wydawać zaświadczenia, stanowiące odpowiednik 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. Dokument

wystawiony przez FBI, czyli organ federalny jest uznawany za odpowiednik zaświadczenia

KRK w Polsce (vide: wyrok KIO z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 761/10 i KIO/UZP 762/10, z dnia 8 marca 2016 r. sygn. akt KIO 249/16). Izba nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż dokument wystawiony przez Szefa FBI w Polsce jest wydany przez niewłaściwy organ. Z treści dokumentu bezspornie wynika, iż FBI informuje o niekaralności wskazanych w piśmie osób, zaś Szefa FBI w Polsce należy traktować jak osobę uprawnioną do podpisywania takich pism, który działa w imieniu organu. Nadto dokonując analizy wszystkich dokumentów w sprawie, daje się ustalić, iż firma na zasobach których polega konsorcjum DSV, to DSV Air & Sea Incorporated, 100 Walunt Avenue, Suite 405 Clark, New Jersey 07066 USA. Ponadto w Stanach Zjednoczonych w stanie Delaware nie da się pozyskać dokumentu, który stanowi odpowiednik polskiego KRS, a dokument podpisany przez Sekretarza Stanu, nie zawiera informacji w zakresie organów spółki, nie istnieje również inny równoważny dokument, który mógłby być wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. W konsekwencji zastosowanie znajduje §7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zatem w tym zakresie zamawiający prawidłowo uznał oświadczenie z dnia 19 maja 2017 r. złożone przed notariuszem, które wskazuje na osoby uprawnione do reprezentacji spółki.

Izba oddaliła dowód nr 1, zgłoszony przez odwołującego, tj. „Sprawozdanie roczne spółki

DSV Air&Sea Inc. za rok 2017 ...” wraz z tłumaczeniem, złożone na okoliczność składu organu zarządzającego spółki DSV Air&Sea Inc., stwierdzając, iż z dowodu tego nie wynika okoliczność na jaką ten dowód został zgłoszony. Z dowodu tego wynika jedynie, że w roku podatkowym 2017, reprezentantem spółki był Pan Soren P. oraz, że w spółce było trzech dyrektorów. Z dowodu tego nie wynika, że każdy z trzech dyrektorów wchodził w skład organu zarządzającego spółki.

Izba oddaliła dowód nr 2, zgłoszony przez odwołującego, tj. wyciąg z kodeksu spółek Stanu Delaware wraz z tłumaczeniem, złożony na okoliczność uprawnień zarządczych Rady Dyrektorów stwierdzając, iż z dowodu tego wynika jedynie, że kodeks reguluje ogólne prawo spółek. Z dowodu nie wynika zakaz swobodnego, umownego uregulowania organów zarządczych Rady Dyrektorów.

Nadto dowody powyższe zostały złożone w formie kopii nie poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dowód nr 3 - Informacja z oficjalnej strony Departamentu Stanu USA, na okoliczność jakie dokumenty mogą uzyskać obywatele USA w celu potwierdzenia ich niekaralności, oraz dowód nr 4 - przykładowy FBI Identification Record, na okoliczność postaci oficjalnego dokumentu wydanego przez FBI potwierdzającego brak karalności obywatela USA - złożone przez odwołującego. Dowody te nie budzą wątpliwości, a okoliczności na jakie zostały powołane z tych dowodów wynikają wprost.

Izba oddaliła dowód (przystępującego) nr 1 - oświadczenie pełnomocnika spółki DSV Air&Sea Inc. złożone na okoliczność jaki faktycznie jest skład organu zarządzającego spółki stwierdzając, iż dowodem w postępowaniu nie może być dokument w postaci oświadczenia pełnomocnika spółki, albowiem nie jest to dowód o obiektywnym charakterze.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dowód nr 2 (przystępującego) - wydruk ze strony internetowej Ambasady USA w Polsce, na okoliczność składu kluczowych funkcjonariuszy Ambasady stwierdzając, iż dowód ten potwierdza okoliczność na jaką został powołany.

Zarzut nr 3.

Zarzut powyższy jest konsekwencją wyżej stawianego zarzutu. W związku z tym, iż Izba zarzut nr 2 uznała za bezzasadny, to konsekwentnie, podtrzymując dotychczasową argumentację, przedmiotowy zarzut Izba uznała również za niezasadny.

Zarzut nr 4.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut powyższy będący jedynie konsekwencją wyżej stawianych zarzutów, w przypadku gdy Izba stwierdziła brak wadliwości w czynnościach zamawiającego, uznać należało za bezzasadny. W ocenie Izby zamawiający przeprowadził postępowanie w zgodzie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192
ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie: