

Sygn. akt: KIO 420/19

WYROK
z dnia 27 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Monika Szymanowska
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum UTI POLAND Sp. z o.o. w Warszawie, „DSV Road” Sp. z o.o. w Duchnicach, DSV AIR & SEA Sp. z o.o. w Duchnicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie

przy udziale wykonawcy Fights On Logistics Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Fights On Logistics Sp. z o.o. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum UTI POLAND Sp. z o.o. w Warszawie, „DSV Road” Sp. z o.o. w Duchnicach, DSV AIR & SEA Sp. z o.o. w Duchnicach.
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum UTI POLAND Sp. z o.o. w Warszawie, „DSV Road” Sp. z o.o. w Duchnicach, DSV AIR & SEA Sp. z o.o. w Duchnicach kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 27 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 420/19

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7 w Warszawie, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług celno-spedycyjnych no rzecz Inspektoratu Uzbrojenia i wskazanych jednostek wojskowych”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 091-181081, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie, wszczęte 12 maja 2017 r., jest prowadzone w oparciu o przepisy Działu III Rozdziału 4a – zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 26 lutego 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i wykazaniu braku podstaw do wykluczenia z postępowania przez wykonawcę Fights On Logistics Sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 8 marca 2019 r., wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: UTI POLAND Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39b, 02-672 Warszawa, „DSV Road” Sp. z o.o., ul. Ożarowska 40/42, Duchnice, 05-850 Ożarów Mazowiecki i DSV AIR & SEA Sp. z o.o., ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice, zwani dalej jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 51 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez ocenę, że FoL spełnia warunki udziału w Postępowaniu i wykazany został (w stosunku do CEVA Freight LLC) brak podstaw do wykluczenia, podczas gdy złożone przez wykonawcę FoL dokumenty w żaden sposób tego nie wykazały, a wykonawca FoL winien w związku z tym podlegać wykluczeniu z Postępowania, a już na pewno nie powinien zostać zaproszony do składania ofert w Postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 51 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie dokumentów i informacji składanych przez wykonawcę FoL w zakresie braku podstaw do wykluczenia wobec CEVA Freight LLC, podczas gdy wykonawca FoL świadomie przedstawił informację nieprawdziwą, mającą istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, w tym

w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do tego, że wykonawca FoL winien podlegać wykluczeniu z Postępowania, a już na pewno nie powinien zostać zaproszony do składania ofert w Postępowaniu,

3. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że FoL wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i brak zaistnienia przesłanek wykluczenia (z czym Odwołujący się nie zgadza), zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w dniu 28 czerwca 2018 r. przez FoL w sytuacji kiedy wykonawca mógł zostać zaproszony do składania ofert najwcześniej po dacie 26 lutego 2019 r., a tym samym w dniu złożenia oferty był podmiotem nieuprawnionym do składania ofert, natomiast okoliczności w jakich wykonawca ten mógł wymagane dokumenty uzupełnić dały mu przewagę konkurencyjną nad Odwołującym, ponieważ posiadał on już wiedzę w zakresie złożonych w Postępowaniu ofert, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania przez Izbę i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy FoL oraz jego wykluczenie, a także nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności, z dnia 18 maja 2018 r., zaproszenia wykonawcy FoL do składania ofert. Wniesiono również o odrzucenie oferty złożonej w postępowaniu przez tego wykonawcę.

Ponadto, z zaznaczeniem, iż wniosek ten postawiony został z daleko posuniętej ostrożności, w razie uwzględnienia zarzutu nr 3, wniesiono o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę FoL, unieważnienie wszelkich czynności dokonanych przez zamawiającego, po pierwotnej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności zaproszenia do składania ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu środka ochrony prawnej odwołujący, po przytoczeniu stanu faktycznego sprawy, wskazał co następuje.

W zakresie zarzutu nr 1, dotyczącego niewykazania braku przesłanek wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego wykonawcy FoL, podniesiono jak niżej.

Zgodnie z treścią sekcji III. 2. 1 pkt 3.1.1 ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, zamawiający żądał złożenia, wraz z wnioskiem o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 p.z.p., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu; w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ww. dokument każdy składa osobno (dowód: ogłoszenie o zamówieniu).

Równocześnie w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z 19 listopada 2018 r., zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca FoL ma złożyć informację – o której mowa w sekcji III. 2. 1. pkt 4.1 ogłoszenia (dokumenty podmiotów zagranicznych – przyp. odwołującego) 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 p.z.p. – wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dowód: wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 19 listopada 2018 r.). Zamawiający zatem jednoznacznie wskazał na dokument, jaki ma zostać przedłożony przez wykonawcę FoL, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania – czyli warunku koniecznego do zaproszenia do złożenia oferty w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie, wykonawca FoL, 14 grudnia 2018 r. dokonał uzupełnienia dokumentów składając oświadczenie w zakresie niekaralności osób będących członkami zarządu, jednocześnie wskazując, iż *w przypadku gdyby zamawiający uznał powyższe oświadczenia za niewystarczające, może on zwrócić się bezpośrednio do Szefa Biura FBI w Polsce – pana J. L. K. (email: K.J@state.gov) oraz do Biura Współpracy Wojskowej przy Ambasadzie USA w Polsce (Aleje Ujazdowskie 29/31, 00-540 Warszawa, tel.: +48 22 504 2000), w celu potwierdzenia niekaralności ww. osób* (dowód: uzupełnienie dokumentów z 14 grudnia 2018 r.).

Następne wskazano, że w odpowiedzi na powyższe, zamawiający 11 stycznia 2019 r. wystosował wezwanie do uzupełnienia, do wykonawcy FoL, zaś w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca dnia 23 stycznia 2019 r., dokonał uzupełnienia dokumentów, przedkładając w powyższym zakresie informacje z FBI dla wszystkich członków zarządu (dowód: informacja z CJIS FBI dla wszystkich członków zarządu Ceva Freight LLC).

W ocenie odwołującego, w treści pisma dotyczącego uzupełnienia dokumentów wykonawca FoL podnosi, że fakt wystawienia dokumentu w dacie zdecydowanie późniejszej niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (12 lipca 2017 r. – termin składania wniosków, 12 grudnia 2018 r. – termin wydania informacji z FBI dla członków

zarządu Ceva Freight LLC) nie przeczy temu, że dane osoby nie spełniałyby przesłanki wykluczenia wykonawcy FoL z postępowania.

Zdaniem odwołującego zaznaczyć również należy, że zamawiający w postępowaniu wykluczył już jednego z wykonawców za to, że nie potwierdził on braku przesłanek do wykluczenia, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dla odwołującego oznacza to, że zamawiający nierówno traktuje wykonawców uczestniczących w postępowaniu – w zakresie tożsamego stanu faktycznego przyjmuje różne rozwiązania wobec różnych wykonawców – jednego wyklucza z postępowania, a innego ocenia jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu i nie znajduje przesłanek do wykluczenia (dowód: uzupełnienie dokumentów z 23 stycznia 2019 r., informacja o wykluczeniu wykonawcy Kuehne+Nagel Sp. z o.o. z postępowania z dnia 20 lutego 2018 r.).

Dalej odwołujący podniósł, że z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę FoL nie wynika, aby wykonawca ten potwierdził brak podstaw do wykluczenia.

Po pierwsze, dla odwołującego treść dokumentu wskazuje, że *nie wyklucza to dodatkowej historii karalności na poziomie stanowym lub lokalnym* (oryg. *this does not preclude further criminal history at the State or local level*, tłumaczenie odwołującego). Dodatkowo, w dokumencie wskazane zostało, że *wynik powyższej odpowiedzi jest ważny wyłącznie na dzień złożenia wniosku* (oryg. *the result of the above response is only effective for the date the submission was originally completed*, tłumaczenie odwołującego).

Nie sposób zatem nie zauważyć, że dokument ten, wbrew twierdzeniom wykonawcy FoL, nie potwierdza, że na dzień składania wniosków, że dana osoba nie wypełniałaby przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. Odmiennie zaś, niż starał się to przekazać wykonawca FoL w swoich uzupełnieniach, żaden ze złożonych dokumentów przez wykonawcę FoL nie potwierdza, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie były spełnione przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. Wskazano też na wyroki Izby sygn. akt: KIO 2056/17 i KIO 109/18.

Odwołujący argumentował również, że z treści art. 26 ust. 3 p.z.p. nie wynika, by dokumenty składane w zamówieniach obronnych mogły potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku zamówień udzielanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w przeciwieństwie do zamówień klasycznych, potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania odbywa się jak w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r., za pomocą oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą, potwierdzających wykazywane okoliczności, nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków.

Ponadto, w kwestii możliwości wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. do którego odsyła art. 131e ust. 1 pkt 1 p.z.p., więcej niż jednym dokumentem (oświadczenie wykonawcy FoL oraz informacja z CJIS FBI) podkreślić należy, iż zamawiający obowiązany jest w sposób równy traktować wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający nie mógł odstąpić od stosowania powyższej zasady względem wykonawcy FoL, tylko dlatego, że wykonawca ten nie uzyskał właściwego zaświadczenia w odpowiednim terminie, przez co pozbawił się możliwości skutecznego wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Odwołujący następnie przywołał wyrok Izby sygn. akt: KIO 258/18, 263/18.

W ocenie odwołującego niewykazanie braku podstaw do wykluczenia w przypadku wykonawcy FoL (a w zasadzie w stosunku do podmiotu trzeciego, na zasobach których polegał wykonawca FoL) dotyczy również informacji o niezaleganiu z opłacaniem podatków.

Zgodnie z sekcją III.2.1 pkt 3.3.1 (a) ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca FoL miał przedłożyć zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Wykonawca FoL, w wyniku uzupełnienia z dnia 14 grudnia 2018 r., przedłożył zamawiającemu dokument Tax Certification, datowany na dzień 5 listopada 2018 r. (dowód: Tax Certification dla Ceva Freight LLC).

Zdaniem odwołującego, wykonawca, w uzupełnieniu z 14 grudnia 2018 r., twierdził, że *brak zaległości w płatności podatków oraz składek potwierdza także dokument pn. «Tax Certification». Choć dokument ten został wydany w dniu 5 listopada 2018 r., to potwierdza on również stan na dzień 12 lipca 2017 r., o czym jednoznacznie świadczy wniosek, który został złożony przez Ceva Freight LLC w celu jego uzyskania - pn. «Authorization to Release Tax Information» (ZAŁĄCZNIK#15). We wniosku tym, w wierszu «Other» (ang. «Inne») w części zatytułowanej zbiorczo «Tax Information» (ang. «Informacja Podatkowa»), wyraźnie zaznaczono, iż informacje, o które wnioskowano, powinny być aktualne na dzień 12 lipca 2017 r. (zob. zaznaczenie).*

Według odwołującego fragment, który nie został przetłumaczony przez wykonawcę, powoduje, że stanowisko to jest błędne, bowiem w rzeczonym dokumencie tym brakuje

przetłumaczenia fragmentu *outstanding against the abo\ze named as of November 5, 2018*. W opinii odwołującego gdyby wykonawca FoL dokonał całościowego tłumaczenia tego dokumentu, to uzyskałby następujące tłumaczenie: *Niniejszym zaświadczam, że CEVA Freight, LLC, posiadająca Federalny Numer Identyfikacyjny 20-5473032, nie ma, w niniejszej dacie, żadnych zaległości podatkowych, ani też nie ma w stosunku do niej ustanowionych żadnych zabezpieczeń w odniesieniu do zaległych zobowiązań podatkowych, naliczonych stosownie do przepisów Tytułu 30, występujące wobec wskazanych powyżej na dzień 5 listopada 2018 r.* Wbrew zatem twierdzeniom wykonawcy FoL, dokument ten, według odwołującego, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca FoL, w załączeniu do uzupełnienia z 14 grudnia 2018 r., dołączył dokument, który został sporządzony w języku angielskim, ale nie został przetłumaczony na język polski, w związku z czym nie może być on traktowany jako dokument w postępowaniu (dowód: załącznik nr 15 do uzupełnienia z dnia 14 grudnia 2018 r.).

W konsekwencji powyższego wykonawca FoL nie wykazał, za pomocą wymaganych przez zamawiającego dokumentów, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. i jest to o tyle istotne, że zamawiający nie może już wezwać wykonawcy FoL do uzupełnienia dokumentów, gdyż tę procedurę już w pełni wykorzystał. Zatem wykonawca FoL powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. Zaś zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy FoL z postępowania, czym naruszył ww. przepisy p.z.p.

Ponadto, w ocenie odwołującego, powyżej opisane naruszenia doprowadziły w konsekwencji do dalszych naruszeń przepisów p.z.p., w tym art. 51 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający zaprasza do składania ofert jednocześnie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Do etapu składania ofert dopuszczeni mogą być zatem tylko ci wykonawcy, którzy spełniają podmiotowe warunki udziału w postępowaniu. Odnosząc zatem powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego uznać należy, że do składania ofert (a zatem i w konsekwencji do złożenia oferty) został zaproszony podmiot nieuprawniony. Jest to oczywiste naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 p.z.p. i nie ulega wątpliwości, że wykonawca FoL nie posiadał zdolności ofertowania, a mimo to złożył ofertę w postępowaniu, która została zbadana przez zamawiającego. Dodatkowo wykonawca FoL wpływał na treść SIWZ w postępowaniu, poprzez zadawanie pytań do SIWZ, uczestniczył więc w etapie postępowania, w którym nie mógł uczestniczyć, zaś zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wpływ na wynik postępowania miał i ma podmiot, który nie powinien mieć już przymiotu „wykonawcy” na tym etapie postępowania.

Mając na uwadze powyższą argumentację, według odwołującego, zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 51 ust. 1 w zw. z art. 131h ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Dalej odwołujący podkreślił, że złożył ofertę w pewnej specyficznej sytuacji faktycznej – wiedząc, że jest oprócz niego jeszcze jeden wykonawca zaproszony do składania ofert, który to brał czynny udział w kształtowaniu ostatecznej treści SIWZ, złożył konkurencyjną ofertę i w dalszym ciągu uczestniczy na prawach wykonawcy w postępowaniu – natomiast gdyby zamawiający postępował prawidłowo w postępowaniu, odwołujący byłby jedynym wykonawcą prawidłowo zaproszonym do składania ofert.

Zarzut nr 2 co do przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd uzasadniono w sposób następujący.

W opinii odwołującego historia uzupełnień dokonywanych przez wykonawcę FoL miała na celu takie przedstawienie sytuacji, w której zamawiający musiałby uznać, że wykonawca FoL spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, a przedkładane przez tego wykonawcę dokumenty tylko to potwierdzają. Zdaniem odwołującego w pierwszej odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 14 grudnia 2018 r.) wykonawca FoL przedłożył oświadczenia o niekaralności członków zarządu Ceva Freight LLC. Dalej odwołujący zacytował fragment pisma i dodał, że w odpowiedzi na styczniowe wezwanie okazało się jednak, że wykonawca FoL jest w posiadaniu wymaganych dokumentów, które rzekomo były niemożliwe przez niego do zdobycia. Ponadto, w opinii odwołującego, wykonawca był w posiadaniu dokumentów 12 grudnia 2018 r., tj. przed datą uprzedniego uzupełniania dokumentów w postępowaniu (którego dokonał 14 grudnia 2018 r.), przy czym w grudniu 2018 r. twierdził, że nie jest możliwe uzyskanie odpowiedniej informacji z właściwego organu, w zakresie niekaralności i że wystarczające powinno być oświadczenie wykonawcy, jednocześnie posiadając wymagany i pożądaną dokument.

W ocenie odwołującego również nietłumaczenie fragmentów dokumentów z języka angielskiego na język polski, które miałyby nie potwierdzać narracji wykonawcy FoL oraz nie potwierdzać, że wykonawca ten spełniał warunki udziału na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tj. 12 lipca 2017 r.) świadczy o tym, że wykonawca FoL działał w pełni świadomie, wprowadzając zamawiającego w błąd, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Choć nie jest to istotne z punktu widzenia wypełnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 p.z.p., to zamawiający dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia określonych decyzji – uznania, że wykonawca FoL nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wskazał również na wyroki Izby sygn. akt: KIO 2345/18, KIO 899/19, KIO 1978/17.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący podniósł, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nim przesłanki, tj. przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła

zamawiającego w błąd i w jej wyniku zamawiający uznał, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu, przy czym przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wszystkie ww. elementy skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., zaistniały w tym postępowaniu.

Według odwołującego wykonawca FoL świadomie nie przedstawiał informacji o tym, że nie posiada wymaganych przez zamawiającego dokumentów, budując jednocześnie obraz, że przedkładane przez niego dokumenty potwierdzają brak podstaw do wykluczenia. Dodatkowo, zamawiający pozostał w błędnym przekonaniu co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy FoL, gdyż uznał on, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Taka decyzja zamawiającego wynika wprost z działania i zachowania wykonawcy FoL. Nie sposób zatem, w opinii odwołującego, nie zauważyć, że wykonawca FoL winien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Ponadto, w ocenie odwołującego, wykonawca FoL nie dochował należytej staranności w tym względzie, gdyż nie jest w posiadaniu dokumentów, które potwierdzałyby brak podstaw do wykluczenia z postępowania – jednocześnie wiedząc, w jakiej konfiguracji wnioszek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie składał.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, że wykonawca FoL winien podlegać również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., niemniej jednak, z ostrożności procesowej, odwołujący podnosi, że gdyby wykonawca FoL nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., to winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W opinii odwołującego z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę FoL z oczekiwaniami zamawiającego, wynika, że działający z należyłą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, co bez wątplenia stanowi podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Zatem wykonawca FoL winien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., a uwagi poczynione przez odwołującego w kontekście zarzutu nr 1 znajdują także swoje pełne zastosowanie w tym

miejscu. Wskazano również na wyroki Izby o sygn. akt: KIO 1085/17, KIO 1747/18 i KIO 1401/18.

Postawiony w pkt nr 3 *petitum* odwołania „zarzut ewentualny prowadzący do konieczności odrzucenia wykonawcy FoL”, odwołujący uzasadnił w sposób poniższy.

Nawet w przypadku przyjęcia przez Izbę, że zarzuty nr 1 oraz nr 2 nie znajdują potwierdzenia w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, a zatem że wykonawca FoL wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także nie wprowadził w jakikolwiek sposób zamawiającego w błąd (z czym odwołujący się nie zgadza), to wciąż jego oferta, złożona w postępowaniu, pozostaje wadliwa.

Zdaniem odwołującego w świetle art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Przepis ten wskazuje na wagę czynności zaproszenia do składania ofert oraz chroni interes zamawiającego, polegający na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy zostali przez niego ocenieni jako zdolni do realizacji zamówienia – spełniający warunki udziału w postępowaniu i nie podlegający wykluczeniu. Zaproszenie do złożenia oferty stanowi zdarzenie prawne – oświadczenie woli zamawiającego skierowane do oznaczonego kręgu wykonawców zmierzające do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem skoro zamawiający potwierdziłby (z czym odwołujący się nie zgadza) spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę FoL dopiero 26 lutego 2019 r., to tym samym w dacie wcześniejszej (tj. w dniu 28 czerwca 2018 r.) wykonawca ten zdolności do złożenia oferty jeszcze nie posiadał.

W świetle powyższego, w ocenie odwołującego, oferta wykonawcy FoL powinna podlegać odrzuceniu.

Dalej odwołujący podniósł, że zamawiający powinien w takiej sytuacji (przy przyjęciu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę FoL w dniu 26 lutego 2019 r.) unieważnić wszystkie czynności, dokonane po wadliwie dokonanej pierwotnej ocenie wniosków w postępowaniu, i ponowić czynność zaproszenia do składania ofert w postępowaniu.

Powyższy wniosek uzasadniony jest według odwołującego tym, że podmiot, który nie powinien w ogóle zostać zaproszony do złożenia oferty w postępowaniu, korzystał z uprawnień przysługujących wykonawcy zaproszonemu do składania ofert, m.in. poprzez zadawanie pytań i wpływanie na treść SIWZ oraz załączników do niej, w szczególności wzoru umowy, co oznacza to, że ta część postępowania obarczona jest wadą i należy unieważnić wszystkie czynności, które miały miejsce od poprzedniego zaproszenia do składania ofert.

Ponadto, unieważnienie wadliwych czynności uzasadnione jest także tym, że uzupełnienia wniosku wykonawcy FoL, zakończone w lutym 2019 r., doprowadziły w konsekwencji do tego, że doszło do zmiany w strukturze ubiegania się o zamówienie,

w porównaniu do wniosku złożonego pierwotnie przez FoL (gdzie CEVA Freight LLC w ogóle nie był wskazany jako podmiot trzeci).

W konsekwencji powyższego, odwołujący stwierdził, że tylko ponowienie czynności zaproszenia do składania ofert dałoby możliwość zagwarantowania wykonawcom równych szans w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie, w przeciwnym razie doszłoby do potwierdzenia prawidłowości sytuacji, w której wykonawca FoL uzupełniając swoje dokumenty posiada pełną wiedzę o złożonych w postępowaniu ofertach. Powyższe dla odwołującego byłoby nie do pogodzenia z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Fights On Logistics Sp. z o. o. w Warszawie, ul. 1 Sierpnia 6a, 02-134 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w uwierzytelnionej kopii przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, złożonymi wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż rozpoznawana sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony oraz dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p., a także art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Następnie Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p., a także ustalono, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący posiada on interes w uzyskaniu zamówienia, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. wskazanych w *petitum* odwołania, bowiem gdyby zamawiający prawidłowo zweryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu przystępującego, to wówczas wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna w konsekwencji podlegać odrzuceniu. Nawet jednak zakładając, że zamawiający prawidłowo zweryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego (zarzut nr 3), to złożona wcześniej przez tego wykonawcę oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ została ona złożona przez podmiot, który wówczas nie powinien zostać zaproszony do składania ofert. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadzi do wniosku, że przystępujący uzupełniając dokumenty wymagane przez zamawiającego był uprawniony do tego, aby posiadać wiedzę na temat złożonych w postępowaniu ofert. Tym samym interes odwołującego, niezależnie od uwzględnionych zarzutów (zarzuty nr 1 – 2, czy zarzut nr 3) przejawia się w tym, że w każdym z tych przypadków oferta odwołującego będzie jedyną ofertą złożoną w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Odwołujący zatem posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 2017/S 091-181081 zamawiający zawarł informacje dotyczące wymaganej sytuacji podmiotowej wykonawców:

Zgodnie z sekcją III.2.1.3 nie będzie dopuszczony do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca, który:

- 1) „3.1. jest wykluczony na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, to jest:
 - a) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP – Wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został

zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

- b) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP – Wykonawca będący osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:
 - i. o którym mowa w art. 165a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6.6.1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176),
 - ii. o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6.6.1997 r. – Kodeks karny,
 - iii. skarbowe,
 - iv. o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15.6.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);
 - c) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP – jeżeli urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego Wykonawcy, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta Wykonawcy prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w lit. a;”
- 2) „3.3. jest wykluczony na podstawie art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy PZP, to jest – w związku z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP – który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że Wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.”
- II. Wobec postawienia powyższych wymogów żądano złożenia oświadczeń i dokumentów, wskazanych w sekcji III.2.1 ogłoszenia – adekwatnie do sytuacji podmiotowej wykonawcy.
 - III. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składano 12.07.2017 r.
 - IV. Wezwanie przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów:
 - 1) pismem z 19.11.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia (lit. c i d wezwania) m.in.: informacji z odpowiedniego rejestru, albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu – zgodnie z treścią sekcji III.2.1 pkt 4.1 ogłoszenia o zamówieniu, a także do złożenia dokumentu

lub dokumentów – zgodnie z treścią z sekcji III.2.1 pkt 4.2 ogłoszenia o zamówieniu.

- 2) przystępujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie pismem z 14.12.2018 r. Do pisma dołączono dokumenty i oświadczenia, m.in. w postaci:
 - a) oświadczenie Ceva Freight LCC o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych (pkt 2.3), a także „dokumenty, o których mowa w pkt III.2.1 pkt 4.2 ogłoszenia potwierdzające, iż Ceva Freight LCC nie zalega z opłaceniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (...), tj.: a. „Certificate of Good Standing”, b. „Tax Certification”, oświadczenie złożone przed notariuszem” (pkt 2.6),
 - b) 5 oświadczeń złożonych przez notariuszem, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p., przez osoby, będące członkami organu zarządzającego Ceva Freight LCC (pkt 2.5),
 - c) stanowisko Biura FBI;
- 3) pismem z 11.01.2019 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., wezwał przystępującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o (pkt 6 i 7 wezwania): informacje z odpowiedniego rejestru, albo w braku takiego rejestru, innych równoważnych dokumentów – w związku z wymogiem sekcji III.2.1 pkt 3.1.1, pkt 4.1, pkt 5.3, pkt 6.4.1 i (co do formy informacji) sekcji VI.3 pkt 7 i 8 ogłoszenia, a także dokumentu, wydanego przez właściwe władze USA – w związku z wymogiem sekcji III.2.1 pkt 3.1.1 lit. a, pkt 4.2, pkt 5.1, pkt 6.4.1 i (co do formy dokumentu) sekcji VI.3 pkt 6, 7 i 8 ogłoszenia.
- 4) przystępujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie pismem z 23.01.2019 r. Do pisma dołączono dokumenty i oświadczenia, m.in. w postaci:
 - a) 5 zaświadczeń „Identity History Summary”, wydanych przez FBI (pkt 6),
 - b) opinię ws. braku zatarcia skazania (pkt 6.6),
 - c) dokument, wydany przez właściwe władze USA, zaświadczaający, że Ceva Freight LCC nie zalega z podatkami (...) dokument ten w postaci „Certificate of Good Standing” został przedłożony zamawiającemu w dniu 14.12.2018 r. Dodatkowo, w celu potwierdzenia ww. okoliczności, wykonawca 14.12.2018 r. przedłożył zamawiającemu „Tax Certification” i oświadczenie własne (pkt 7).

V. W dniu 26.02.2019 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do weryfikacji czy ocena środków dowodowych, złożonych przez przystępującego, w zakresie braku podstaw do wykluczenia, w stosunku do podmiotu Ceva Freight LCC, została dokonana przez zamawiającego w sposób prawidłowy, a także czy zamawiający nie został w tym przedmiocie wprowadzony przez przystępującego w błąd, który wypełnia hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p.,
- do oceny czy zamawiający w sposób właściwy ocenił, że przystępujący mógł złożyć ofertę w postępowaniu w dniu 28.06.2018 r., kiedy w ocenie odwołującego wykonawca ten mógł być zaproszony do jej złożenia najwcześniej po 26.02.2019 r., a więc czy zamawiający nie powinien dokonać odrzucenia oferty przystępującego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza 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 – uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, dostarczonej przez zamawiającego oraz dowodów przedłożonych przez strony, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie z powodu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał – w stosunku do podmiotu Ceva Freight LCC – braku podstaw do wykluczenia z postępowania, dokumentami z właściwego rejestru, zgodnie z miejscem zamieszkania osób, będących członkami organu zarządzającego Ceva Freight LCC. Zatem zamawiający wadliwie ocenił, że przystępujący wykazał brak podstaw do wykluczenia, czym naruszono art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

W ocenie Izby działanie przystępującego wypełniło również hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., bowiem złożone przez przystępującego dowody, w postaci informacji z Departamentu Sprawiedliwości USA – Federalnego Biura Śledczego, wskazują, że wykonawca, w wyniku niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd, skutkiem czego zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że przystępujący wykazał brak podstaw do wykluczenia.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania wniosku przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 1 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto, na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 12, 13 i 14 p.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
- 13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:
 - a. o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. poz. 553, z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176),
 - b. o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,
 - c. skarbowe,
 - d. o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);
- 14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c p.z.p. w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, o którym mowa w art. 24 ust. 5 p.z.p.

W postępowaniu objętym sporem zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu (*vide* pkt I ppkt 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), przewidział, że wykluczy wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności (24 ust. 5 pkt 8 p.z.p.).

Wskazać również należy, że w oparciu o art. 131e ust. 2 p.z.p., 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.

W ramach uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest badanie i ocena czy wykonawca posiada wszystkie cechy podmiotowe, wymagane do wykonania zamówienia, kiedy przez pryzmat określonych wymagań weryfikuje się, czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty potwierdzają ich spełnianie. Tym niemniej ustawodawca ustanowił ciężar wykazania posiadania określonych cech na podmiocie, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawca zobowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem przedsiębiorcy, dążący do uzyskania zamówienia, powinni – adekwatnymi środkami dowodowymi – jednoznacznie wykazać zamawiającemu, że posiadają wszystkie cechy podmiotowe wymagane przepisami p.z.p. Przy czym ocena każdego działania wykonawcy, jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, dokonywana jest z uwzględnieniem podwyższonego miernika staranności, wynikającego z zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 14 p.z.p. w zw. z art. 355 § 1 i 2 k.c.).

Istotą obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał, że nie istnieją w stosunku do niego podstawy do wykluczenia z postępowania, jest konieczność eliminacji podmiotów, nie posiadających wymaganych przez ustawodawcę warunków do prawidłowego wykonywania zamówienia. Nie sposób również nie dostrzec, że ustanowione w p.z.p. przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania służą ochronie interesu publicznego, przez wyeliminowanie wykonawców, którzy rodzą istotne ryzyko dla osiągnięcia celu przyszłej umowy i prawidłowości wydatkowania środków publicznych. Ponadto, w zamówieniu rozpoznawanym sporem, z racji jego przedmiotu, zawierającego się w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, zamawiający posiada dodatkowe powody, uzasadnione specyfiką

zamówienia, aby rzetelnie zweryfikować, czy wykonawca udowodnił, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Środki dowodowe, jakimi wykonawca wykaże brak podstaw do wykluczenia zostały określone, w oparciu o art. 25 ust. 2 p.z.p., w rozporządzeniu 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 zwanym jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”. Zwięźle wskazać należy, że brak podstaw do wykluczenia winien być wykazany wskazanymi przez ustawodawcę dowodami, których treść, w sposób odpowiedni i wyraźny, potwierdzi wymagane warunki podmiotowe wykonawcy.

Ponadto, złożone dowody, w postaci oświadczeń lub dokumentów, powinny wykazywać stan nie późniejszy niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 131e ust. 2 p.z.p). Zatem, w ocenie składu orzekającego, data wystawienia dokumentu bądź oświadczenia, jest wtórna, wobec wymagań, które ustawodawca stawia dla określonej treści dowodów. Istotnym jest, aby przedłożone dowody, w sposób prawidłowy, potwierdzały niekaralność i niezaleganie z opłaceniem podatków, opłat i składek – czego dotyczy spór w rozpoznawanym odwołaniu – w dacie nie późniejszej niż wyznaczony przez zamawiającego dzień składania wniosków w postępowaniu, przy zachowaniu wymogów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.

Należy zauważyć również, iż w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do wymogu niekaralności, że dowody w postaci zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego, nie potwierdzają stanu przed dniem ich wystawienia. Jest to istotne, ponieważ z uwagi na możliwość zatarcia skazania, które powoduje usunięcie wpisu o przestępstwie z rejestru, zaświadczenie wystawione po terminie na składanie wniosków nie udowodni w sposób właściwy stanu niekaralności. Z treści takiego zaświadczenia, wydanego w konkretnym dniu, nie wynika bowiem, że osoba nie figurowała w rejestrze przed wystawieniem dowodu. Zatem, co do zasady, wobec możliwości zatarcia skazania, z treści zaświadczenia z KRK, które zostanie wystawione po terminie na składanie wniosków, nie będzie wynikało, czy dana osoba nie znajdowała się w rejestrze karnym, w dniu, w którym składano wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co następuje.

Izba stwierdziła, że zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 131e ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p. w zw. z art. 51 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. – poprzez ocenę, że wykonawca Fights On Logistics Sp. z o. o. w Warszawie spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykazany został (w stosunku do podmiotu CEVA Freight LLC) brak podstaw do wykluczenia,

podczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty w żaden sposób tego nie wykazały, a wykonawca ten winien w związku z tym podlegać wykluczeniu z postępowania, a już na pewno nie powinien zostać zaproszony do składania ofert w postępowaniu – posiada uzasadnione podstawy, a więc zarzut ten został przez Izbę częściowo uwzględniony.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłową ocenę dowodów, złożonych przez przystępującego, w stosunku do podmiotu Ceva Freight LCC, w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia dotyczących niekaralności osób, będących członkami organu zarządzającego Ceva Freight LCC, a także wadliwą ocenę co do wykazania niezalegania z płatnościami podatków przez ten podmiot.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała podniesione zarzuty, w ramach okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu.

W zakresie braku wykazania przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p., dotyczącej niekaralności członków organu zarządzającego Ceva Freight LCC, odwołujący podnosił, iż treść złożonych dokumentów wskazuje, że „nie wyklucza to dodatkowej historii karalności na poziomie stanowym lub lokalnym”, a dodatkowo w dokumencie wskazano, że „wynik powyższej odpowiedzi jest ważny wyłącznie na dzień złożenia wniosku”, zatem dokument ten nie potwierdza, że na dzień składania wniosków dana osoba nie wypełniłaby przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Izba ustaliła, że podnoszone przez odwołującego okoliczności faktyczne stawianych zarzutów mają odzwierciedlenie w materiale dowodowym. Przystępujący złożył, na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (*vide* pkt IV ppkt 4 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), pięć zaświadczeń z Departamentu Sprawiedliwości USA – Federalnego Biura Śledczego, Wydziału ds. informacji o sprawach karnych (CJIS). W każdym z zaświadczeń widnieje treść „Nie wyklucza to karalności na poziomie stanowym lub lokalnym.”

Zatem, ocenie składu orzekającego, przedłożone zaświadczenia potwierdzają jedynie brak karalności na poziomie federalnym, nie potwierdzają natomiast, że osoby w nich ujawnione nie były karane, a jedynie, że nie były karane federalnie, za czyny penalizowane na poziomie federalnym. Nie można więc w konsekwencji uznać, iż z dowodu wynika, że przystępujący wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności osób, będących członkami organu zarządzającego Ceva Freight LCC.

Dla dokonania dalszej oceny materiału procesowego należy poczynić kilka uwag natury ogólnej. Izba wskazuje, że zawisły w sprawie spór dotyczy kwestii wykazywania okoliczności urzędowych przez podmiot mający siedzibę na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki (ang. United States of America, skrót USA), a także członków organów tego podmiotu, mających na terenie USA miejsce zamieszkania. Okolicznością notoryjną, a zatem nie wymagającą

żadnego dowodu jest fakt, iż USA jest państwem federacyjnym, w którym system prawny dzieli się na prawo ustawowe (statutory law) i prawo precedensowe (case albo common law).

Pierwsze, obok konstytucji federalnych i stanowych, składa się z szeregu różnych aktów prawa stanowionego, w szczególności ustaw (statute). Natomiast common law jest tworzone na podstawie rozstrzygnięć uprzednio przyjętych we wcześniejszych wyrokach sądowych. Z uwagi na federacyjny charakter państwa system prawny ma charakter dwustopniowy, w którym stanowe systemy prawne współistnieją z ogólnokrajowym systemem prawa (pluralizm prawa).

W USA prawo karne jest również pluralistyczne – to znaczy, istnieje prawo karne federalne (federal criminal law) oraz prawo karne poszczególnych stanów (state criminal law), które niejednokrotnie może być od siebie radykalnie różne, w zależności od stanu.

Istnieje także możliwość, że dany czyn zabroniony będzie podlegał kwalifikacji prawnokarnej prawa federalnego w zbiegu z prawem stanowym – mając na uwadze, że system oskarżenia publicznego w USA kieruje się oportunistycznym, nie zaś legalistycznym procesowym – jest możliwe, że za czyn podlegający karze na poziomie tak stanowym, jak i federalnym, sprawca zostanie pociągnięty do odpowiedzialności tylko na jednym z tych poziomów i nie jest z góry możliwe przesądzenie jaki to będzie poziom.

Powyższe ma krytyczne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, mając na uwadze, że Krajowa Izba Odwoławcza prawo obce ustala i stosuje tylko o tyle, o ile jest to możliwe na podstawie art. 185 ust. 7 p.z.p., a zatem o tyle, o ile regulacje prawa obcego są w sprawie notoryjne – art. 190 ust. 5 p.z.p. (warto zwrócić uwagę na brak w przepisach ustrojowych regulujących działalność Izby odpowiednika art. 51a ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 52 ze zm.), a w szczególności na brak regulacji stanowiącej odpowiednik art. 51a § 3 tej ustawy oraz okoliczność, iż ustawodawca nie uznał za celowe uwzględnienia jej odpowiednika w art. 190 ust. 3 i 4 p.z.p.).

W niniejszej sprawie jednak wskazany zakres notoriów oraz ustalenie przez skład orzekający treści prawa obcego miał dla rozstrzygnięcia znaczenie drugorzędne, ponieważ fundamentem stała się ocena dokumentów zgromadzonych w toku postępowania – spór dotyczył przede wszystkim ich treści i wadliwej oceny, dokonanej przez zamawiającego.

Aby przejść do oceny tego, jaką treść musi nieść w sobie sporny dokument, aby wykazać niekaralność – brak podstaw do wykluczenia z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p. – należy ustalić, czy w danym państwie dany katalog czynów podlega karze i jeśli tak, to na jakim poziomie jest karany (z uwzględnieniem specyficznego dla postępowań w dziedzinie obronności wyjątku, gdzie pominięto obowiązek wykluczenia z uwagi na skazanie za czyny, o których mowa w art. 181–188 oraz 189a k.k., tj. za przestępstwa przeciwko środowisku oraz handel ludźmi).

Omawiany katalog dotyczy czynów, za implementacją art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, obejmujących:

- 1) finansowania terroryzmu (art. 165a k.k.),
- 2) naruszenia praw pracowniczych (art. 218 k.k.), zakazu handlu w niedzielę i święta (art. 218a k.k.), naruszeń przepisów o ubezpieczeniach społecznych (art. 219 k.k.), BHP (art. 220 k.k.) oraz obowiązku zgłoszenia wypadku przy pracy lub choroby zawodowej (art. 221 k.k.),
- 3) korupcję (art. 228 k.k.), łapownictwo (art. 229 k.k.), płatną protekcję (art. 230 i art. 230a k.k.),
- 4) handel głosem (art. 250a k.k.),
- 5) udział w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 k.k.),
- 6) fałszerstwo (art. 270 k.k.), fałszerstwo fakturowe (art. 270a k.k.), poświadczenie nieprawdy (art. 271 k.k.), podawanie nieprawdy w fakturze (art. 271a k.k.), wyłudzenie poświadczenia nieprawdy w dokumencie (art. 272 k.k.), użycia dokumentu potwierdzającego nieprawdę (art. 273 k.k.), handel dokumentem tożsamości (art. 275 k.k.), niszczenie lub ukrywanie dokumentu bez prawa do jego rozporządzaniem (art. 276 k.k.), niszczenie, przesuwanie lub usuwanie znaków granicznych (art. 277 k.k.), fałszowanie faktury lub używanie sfałszowanej faktury z kwotą określającą mienie wielkiej wartości (art. 277a k.k.),
- 7) kradzież (art. 278 k.k.), kradzież z włamaniem (art. 279 k.k.), rozbój (art. 280 k.k.), kradzież rozbójniczą (art. 281 k.k.), wymuszenie rozbójnicze (art. 282 k.k.), przywłaszczenie (art. 284 k.k.), uruchomienie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych (art. 285 k.k.), oszustwo (art. 286 k.k.), oszustwo komputerowe (art. 287 k.k.), zniszczenie cudzej rzeczy (art. 288 k.k.), zabór pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia (art. 289 k.k.), kradzież drzewa (art. 290 k.k.), paserstwo umyślne (art. 291 k.k.) i nieumyślne (art. 292 k.k.) oraz komputerowe (art. 293 k.k.),
- 8) wyrządzenie szkody w obrocie gospodarczym (art. 296 k.k.), łapownictwo na stanowisku kierowniczym (art. 296a k.k.), wyłudzenie kredytu (art. 297 k.k.), wyłudzenie odszkodowania (art. 298 k.k.), pranie brudnych pieniędzy (art. 299 k.k.), utrudnianie zaspokojenia wierzyciela (art. 300 k.k.), pokrzywdzenie wierzyciela (art. 301 k.k.), dowolne zaspokajanie wierzycieli (art. 302 k.k.), nieprowadzenie lub niezgodne z prawdą prowadzenie dokumentacji działalności gospodarczej (art. 303 k.k.), wyzysk kontrahenta (art. 304 k.k.), zakłócanie przetargu publicznego (art. 305 k.k.) oraz usuwanie, podrabianie lub przerabianie znaków identyfikacyjnych (art. 306 k.k.).

Z powyższych czynów wiele jest karanych na podstawie wprowadzonego w roku 1856 Kodeksu Karnego Stanu Teksas (Texas Penal Code), zmienionego w roku 1974, który na poziomie stanowym, przewiduje karalność:

- 1) w tytule 4, rozdział 16 – przechwytywania komunikacji, w tym nieautoryzowanego dostępu do sieci komputerowej,
- 2) w tytule 5, rozdział 22 – przestępstw na osobie, przy czym karalne są czyny, które wchodzą w zakres niektórych przestępstw, które w polskim systemie prawnym mają charakter majątkowy (rozbój, wymuszenie rozbójnicze),
- 3) w tytule 7 ujęto przestępstwa przeciw mieniu, w tym w rozdziale 28 dotyczące zniszczenia mienia (odpowiednik rodzimego art. 288 k.k.),
- 4) w tytule 7 rozdział 29, 30 i 31 ujęto przestępstwa rabunkowe, włamania oraz kradzież, a także odpowiednik rodzimego oszustwa, wyłudzenia, wymuszenia, paserstwa itp.,
- 5) w tytule 7 rozdział 32 ujęto – z relewantnych – fałszerstwo, przerabianie i podrabianie dokumentów, oszustwo bankowe (wyłudzenie kredytu),
- 6) w tytule 7, rozdział 33 ujęto przestępstwa komputerowe,
- 7) w tytule 7, rozdział 34 ujęto pranie brudnych pieniędzy,
- 8) w tytule 7, rozdział 35 ujęto oszustwo ubezpieczeniowe,
- 9) w tytule 8, rozdział 36 ujęto korupcję, łapownictwo i handel wpływami,
- 10) w tytule 11 ujęto zorganizowane grupy przestępcze.

Wyżej wskazane czyny są w Tekasie karane, jako zabronione czyny stanowe, niezależnie od ewentualnych regulacji prawa federalnego.

Ponadto niektóre czyny, ujęte w polskim kodeksie karnym, takie jak art. 218-221 k.k. oraz przestępstwa szczególnego w zakresie obrotu gospodarczego mogą być także karane lokalnie (tak też Houston, Texas – Code of Ordinances, gdzie przewidziano kary za naruszenia praw pracowniczych, m.in. kradzież wynagrodzenia, a także przestępstwa skarbowe w odniesieniu do podatków lokalnych).

Zatem nie budzi wątpliwości i w istocie nie stanowiło sporu pomiędzy stronami, że w Stanie Teksas istnieje cały szereg czynów penalizowanych przez prawo stanowe oraz lokalne, które mogą być karane i prowadzić do wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p. (żadna ze stron nie wskazała na okoliczność przeciwną, jak również ani zamawiający, ani przystępujący w ogóle nie odnieśli się do wskazania przez skład orzekający, na etapie posiedzenia, ww. okoliczności jako notoryjnych, znanych Izbie z urzędu).

Nie budzi również wątpliwości, że aby wykazać brak podstaw do wykluczenia, wykonawca funkcjonujący na terenie USA, musi wykazać, że nie był karany za omawiane czyny, niezależnie na jakim poziomie są one penalizowane (federalnym, czy stanowym, czy lokalnym). Istotą bowiem omawianych zabezpieczeń przewidzianych przez ustawodawcę jest

eliminacja podmiotów ryzykownych z perspektywy zamówień publicznych – zwłaszcza w dziedzinie obronności, niezależnie od formuły prawnej, w jakiej ich ewentualne czyny zabronione były penalizowane w kraju macierzystym.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu rozpoznającego spór, treść zaświadczeń złożonych przez przystępującego, zgodnie z którą FBI nie wyklucza karalności na poziomie stanowym lub lokalnym, powoduje, że nie wykazano w sposób prawidłowy niekaralności osób, będących członkami organu zarządzającego Ceva Freight LCC.

Izba zwraca przy tym uwagę, że odwołujący nie kwestionował, iż złożone oświadczenia są wystawione przez nieprawidłowy organ, czy mają wadliwą formę. Odwołujący kwestionował wyłącznie merytoryczną treść złożonych oświadczeń, która nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia.

Trudno zatem uchwycić prawidłowość argumentacji zamawiającego, który zapytany, w toku rozprawy, czy treść złożonych dowodów nie budziła jego wątpliwości, wskazał, że obaj wykonawcy złożyli dokumenty, pochodzące z FBI, a więc zamawiający potraktował w sposób równy obu wykonawców i stwierdził, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu. Zasadności takiemu tokowi rozumowania przeczy treść zaświadczeń obu wykonawców, bowiem dokumenty odwołującego i przystępującego są diametralnie różne. W tym – co najistotniejsze dla rozpoznawanego sporu – w treści dokumentów złożonych przez odwołującego FBI nie wskazało, że nie potwierdza karalności na poziomie stanowym i lokalnym. Ta kluczowa różnica umknęła zamawiającemu, który zamiast skupić się na treści dokumentu, skupił się na jego rodzaju oraz organie, który go wystawił, nie poddając treści zaświadczeń przystępującego analizie, co doprowadziło do potwierdzenia naruszenia prawa, które zarzuczał odwołujący.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że przeczy doświadczeniu życiowemu i logice przyjęcie, że zamawiający, oceniając złożony dowód, pominie jego treść, ponieważ co do zasady, zaświadczenie wystawione przez FBI powinno wykazywać brak podstaw do wykluczenia w zakresie niekaralności. Jasnym jest, że zamawiający, weryfikując złożone dokumenty, rozpocznie od sprawdzenia czy mają właściwą formę i czy pochodzą od podmiotu uprawnionego do ich wystawienia, tym niemniej trudno przyjąć, że na tym zamawiający poprzestał i wywnioskował, że zaświadczenia są prawidłowe, bez przeczytania ich zawartości – w szczególności, że treść zaświadczeń w innym zakresie, tj. w przedmiocie aktualności dokumentu, była przez zamawiającego sprawdzana. Z bliżej niewiadomych powodów zbadano treść dokumentu w przedmiocie jego aktualności, ale pominięto jego brzmienie i zastrzeżenie FBI, że dokument nie wyklucza karalności na poziomie lokalnym i stanowym.

Stanowisko zamawiającego, że linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej uznaje rzeczony dokument za prawidłowy do wykazania braku niekaralności – czego odwołujący nie kwestionował, a więc jest to okoliczność bezsporna – również nie potwierdza, że dokumenty

te są prawidłowe. Skoro nie kwestionowano rodzaju zaświadczenia, czy podmiotu od którego pochodzi, a wyłącznie jego merytoryczną treść, która nie potwierdza wykazania braku niekaralności, nieodgadnionym pozostało jak sam fakt, że zaświadczenie pochodzi z FBI miałby skutkować automatyzmem przyjęcia (z pominięciem jego treści), że jest ono prawidłowe. Innymi słowy, trudno uchwycić zasadność toku myślowego, gdzie powołanie się na fakt wystawienia zaświadczenia przez właściwy organ, jakim jest FBI, miałby konwalidować jego merytoryczną treść.

Izba nie znalazła również podstaw do podzielenia stanowiska przystępującego, że jego zaświadczenia z FBI są kompletne i potwierdzają niekaralność na wszystkich poziomach, tj. federalnym, stanowym i lokalnym, o czym miałyby świadczyć, co do zasady, największa kompletność zaświadczeń z FBI do wykazania niekaralności. Wystarczy jednak przeczytać treść zaświadczenia przystępującego, która nakazuje przyjąć, że wszystkie podnoszone przez niego argumenty są nieudolną polemiką, poczynioną na potrzeby postępowania odwoławczego, która jest wprost sprzeczna z jednoznaczną treścią złożonych przez przystępującego zaświadczeń.

Skład orzekający wskazuje również, że w Stanie Teksas prowadzone są odpowiednie rejestry dotyczące karalności na poziomie stanowym i lokalnym, ponadto właściwe organy sądowe, zgodnie z miejscem zamieszkania członków organu zarządzającego Ceva Freight LCC, wydają odpowiednie dokumenty w tym zakresie. Zamawiający zatem prawidłowo nie uznał jako adekwatnych dowodów, oświadczeń złożonych przez przystępującego, na pierwsze wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń z 19 listopada 2018 r. (*vide* pkt IV ppkt 1 i 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), bowiem ustawodawca dopuścił możliwość składania oświadczeń przed notariuszem lub organem sądowym, jedynie w wyjątkowych sytuacjach, a w niniejszej sprawie żadna z tych sytuacji nie wystąpiła, co było bezsporne.

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w zakresie wykazania niekaralności, wykonawca jest zobligowany do złożenia informacji z odpowiedniego rejestru, natomiast kiedy nie ma takiego rejestru wykonawca może złożyć inny, równoważny dokument, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny. Zatem dopiero kiedy wykonawca jest w stanie wykazać, że nie wydaje się ww. dokumentów, może złożyć odpowiednie oświadczenie, przed notariuszem lub organem sądowym.

Jeśli zatem wykonawca, zachowując już nawet nie staranność wymaganą od profesjonalisty działającego w obrocie, a minimalny stopień staranności, wymagany od każdej osoby posiadającej umiejętność czytania, uzyskuje z organu zaświadczenie, 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 tę okoliczność, np. te złożone przez odwołującego). Nie sposób zatem założyć – przy wielości opcji wykazania właściwym dokumentem urzędowym braku karalności na poziomie stanowym i lokalnym – że zastąpienie dokumentu oświadczeniem w tym zakresie byłoby uprawnione.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że rozpoznawany zarzut posiada uzasadnione podstawy, bowiem znalazło potwierdzenie w materiale procesowym, że przystępujący nie wykazał – w stosunku do podmiotu Ceva Freight LCC – braku podstaw do wykluczenia z postępowania, dokumentami z właściwego rejestru, zgodnie z miejscem zamieszkania osób, będących członkami organu zarządzającego tego podmiotu.

Ponadto, mając na względzie, że przystępujący był wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i przedstawił dokumenty wadliwe, a zamawiający pomimo ich wadliwości dał wiarę twierdzeniom przystępującego o ich prawidłowości i zaniechał wykluczenia wykonawcy, doszło w sprawie do naruszenia prawa, które na obecnym etapie nie może być konwalidowane. Zatem wobec stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczenie przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie podnoszonego przez odwołującego braku wykazania niekaralności członków zarządu Ceva Freight LCC, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co miało miejsce 12.07.2017 r., skład orzekający stwierdził co następuje.

Izba ustaliła, iż również w tym zakresie okoliczności faktyczne, podnoszone przez odwołującego, znalazły odzwierciedlenie w materiale dowodowym – zgodnie z zaświadczeniami przystępującego z Wydziału ds. informacji o sprawach karnych (CJIS): „Odpowiedź na powyższy wniosek jest ważna wyłącznie w odniesieniu do daty pierwszego złożenia wniosku”.

Tym niemniej, w tym przedmiocie, zamawiający zweryfikował treść zaświadczenia przystępującego, na dowód czego przedłożono tłumaczenie korespondencji elektronicznej z panem J.M., znajdującej się w aktach sprawy. Skład orzekający ustalił, że wiadomość elektroniczna jest odpowiedzią na pismo zamawiającego z 22 lutego 2019 r. do Szefa Federalnego Biura Śledczego. W odpowiedzi na rzezone pismo potwierdzono, że zaświadczenia przystępującego obejmują stan na dzień składania wniosków.

Zaznaczyć należy, że z odpowiedzi pana J.M. i pisma zamawiającego z 22 lutego 2019 r. wynika, że zamawiający prosił o potwierdzenie, „że załączone dokumenty reprezentują stan rejestrów karnych tych osób w przeszłości, w szczególności w dniu 12 lipca 2017 r.”.

Nie pytano zaś o karalność wskazanych osób na poziomie lokalnym i stanowym. Natomiast pan J.M. stan aktualności zaświadczeń, na dzień 12 lipca 2017 r., potwierdził.

Powyższe jest spójne z brakiem możliwości zatarcia skazania w Stanie Teksas, czego dowodzi opinia przedstawiona zamawiającemu przez przystępującego, w toku badania jego oświadczeń i dokumentów (w aktach sprawy).

Odwołujący nie zdecydował się na zakwestionowanie opinii złożonej przez przystępującego, Izba również nie znalazła podstaw, aby treść tej opinii kwestionować, mając na uwadze fakt, że notoryjną okolicznością jest, że w systemie prawnym USA zatarcie skazania z zasady nie istnieje – jest to instytucja wyjątkowa, dostępna tylko w niektórych stanach dla niektórych kategorii czynów i zwykle wymaga upadku orzeczenia skazującego (np. w trybie kontroli nadzwyczajnej) lub ułaskawienia – na poziomie federalnym przez Prezydenta, a na poziomie stanowym – przez Gubernatora.

W przeciwieństwie zatem do rodzimego systemu prawa, który zatarcie przewiduje jako zasadę, w odniesieniu do dokumentacji pochodzącej z USA, nie jest tak istotne na jaką datę dokumentuje ona stan karalności, albowiem istnieje możliwość wykazania, że dane kategorie przestępstw nie podlegają zatarciu, bądź, że nie wystąpiły przesłanki do zatarcia, np. dana osoba nie była ułaskawiana.

W konsekwencji powyższego skład orzekający przyjął, iż przedstawione przez przystępującego dowody, w postaci zaświadczeń z CJIS, potwierdzają niekaralność pięciu członków zarządu Ceva Freight LCC na poziomie federalnym na dzień 12 lipca 2017 r., zaś odwołujący, obarczony ciężarem dowodu, nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W zakresie braku wykazania przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. 131e ust. 1b lit. c w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 p.z.p., dotyczącej niezalegania z opłacaniem podatków przez Ceva Freight LCC odwołujący podnosił, że przedłożony przez przystępującego dokument Tax Certification został wadliwie przetłumaczony, zatem nie potwierdza stanu na dzień 12 lipca 2017 r.

Izba ustaliła, że okoliczność, iż dokument Tax Certification przedłożony przez przystępującego potwierdza stan na dzień wydania, tj. 5 listopada 2018 r., nie była sporna. Na rozprawie zamawiający wskazał, że nie prosił przystępującego o tłumaczenie wniosku o wydanie dokumentu Tax Certification i nie badał tego dokumentu, ponieważ z jego treści wynika, że jest on nieaktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponadto, w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wskazał, że dokonując analizy dokumentów przedłożonych przez przystępującego stwierdził, iż dokumentem potwierdzającym okoliczność braku zaległości w opłacaniu podatków, innych niż opłaty i podatki lokalne, jest również dokument Certificate of Good Standing, wydawany przez

Sekretarza Stanu Delaware. W ocenie zamawiającego jest to dokument równorzędny do Tax Certification, wydawanego przez Departament Finansów Stanu Delaware, co wynika z regulacji prawnych Stanu Delaware – zgodnie z którymi nie wydaje się Certificate of Good Standing w Stanie Delaware, jeżeli spółka zalega, zaniedbuje m.in. płacenie podatków. Na dowód czego zamawiający przedłożył wyciąg z Kodeksu Stanu Delaware. Zatem, według zamawiającego, w przypadku istnienia zaległości podatkowych, Sekretarz Stanu Delaware nie wydałby spółce odpowiedniego certyfikatu, potwierdzającego dobrą kondycję firmy.

Skład rozpoznający spór nie znalazł podstaw do podważenia argumentacji zamawiającego, popartej również dowodem w postaci odpisu pisma z Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Waszyngtonie, a także przedłożoną przez przystępującego korespondencją elektroniczną.

Odwołujący na rozprawie podnosił, że dokument Certificate of Good Standing przedkłada się, aby wykazać brak stanu upadłości, czy likwidacji, na dowód czego odwołujący powołał się na swój certyfikat, znajdujący się w aktach sprawy. Skład rozpoznający spór zauważa, że brak jest powyższych twierdzeń w treści odwołania, tym niemniej z materiału procesowego, w postaci certyfikatu odwołującego, wynika, że dokument ten dotyczy również podatków (franczyzowych), zatem trudno uznać ten dokument za wykazujący naruszenie prawa przez zamawiającego.

Natomiast złożona przez odwołującego odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 410/18 nie dotyczy dokumentów ze Stanu Delaware, tylko ze Stanu Nowy York, zatem nie ma związku ze sporem rozpoznawanym przez Izbę.

Izba wskazuje również, że we wniesionym odwołaniu wykonawca nie kwestionował, iż złożony przez przystępującego Certificate of Good Standing nie jest dokumentem właściwym do wykazania braku zaległości podatkowych. Ponadto z treści tego dokumentu wynika, że jest on aktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. na 12 lipca 2017 r.

Skład orzekający ustalił również, że stanowisko zamawiającego, badającego ten konkretny dokument – Certificate of Good Standing – co do faktu wykazania okoliczności niezalegania z podatkami, ma odzwierciedlenie w piśmie przystępującego, będącego odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia z dnia 11 stycznia 2019 r., gdzie w pkt 7 pisma wskazano, że dokumentem, wydanym przez właściwe władze USA, zaświadczającym, że Ceva Freight LCC nie zalega z podatkami, jest Certificate of Good Standing, zaś Tax Certification i oświadczenie własne, są przedłożone dodatkowo (*vide* lit. c ppkt 4 pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Należy zauważyć, że odwołujący był w posiadaniu ww. pisma przystępującego, ponieważ otrzymał je od zamawiającego, w ramach udostępnienia dokumentacji. Tym niemniej odwołujący nie zdecydował się objąć zarzutami odwołania faktu, że przystępujący

wykazywał niezaleganie z uiszczeniem podatków dokumentem w postaci Certificate of Good Standing. W odwołaniu podnoszono wyłącznie wadliwość dokumentu Tax Certification.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące dokumentu Tax Certification nie mogły zostać uwzględnione, bowiem poza sporem było, że dokument ten nie potwierdza wykazania braku zaległości podatkowych na dzień składania wniosków, tylko, że zamawiający – wbrew stanowisku odwołującego – nie dokonywał weryfikacji tych okoliczności rzeczonym dowodem. Skład orzekający nie znalazł również podstaw, aby podważyć stanowisko zamawiającego, że sporny dokument został przez niego pominięty, natomiast odwołujący, obarczony ciężarem dowodu, nie wykazał, aby wadliwy dokument Tax Certification miał lub mógł mieć jakikolwiek wpływ na ocenę wniosku przystępującego.

W ramach rozpoznawanego zarzutu odwołujący podniósł również, że zamawiający naruszył zasady ogólne p.z.p., w postaci art. 7 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący doszukiwał się naruszenia dyrektywy ogólnej, ponieważ w jego ocenie zamawiający wykluczył z postępowania jednego z wykonawców, w tożsamym stanie faktycznym, przyjmując różne rozwiązania, wobec różnych wykonawców.

W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek podstaw do zrównywania stanu faktycznego rozpoznawanego odwołania, do okoliczności wykluczenia wykonawcy Kuchne+Nagel Sp. z o.o., na co wskazuje informacja o wykluczeniu z 20 lutego 2018 r., zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Ponadto, na rozprawie, odwołujący podnosił, iż upatruje naruszenia zasad ogólnych z powodu pozyskiwania przez zamawiającego dokumentów, potwierdzających niekaralność przystępującego.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że brak jest takiej argumentacji w odwołaniu. Po wtóre, budzi poważną wątpliwość stawianie zamawiającemu zarzutu naruszenia prawa, kiedy korzysta on ze swoich uprawnień, ustanowionych w § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający ma wątpliwości co do treści dokumentu, złożonego przez wykonawcę może zwrócić się do właściwych organów, o udzielenie niezbędnych informacji.

Odwołujący podnosił, że zamawiający pozyskiwał dokumenty – kiedy, zgodnie z ustalonym przez Izbę stanem rzeczy, zamawiający wyjaśniał treść posiadanych dokumentów, a nie je pozyskiwał – w sposób naruszający art. 7 ust. 1 p.z.p. i na tym poprzestano. Zatem krótko wskazać należy, że wobec tak postawionego zarzutu Izba stwierdziła, że nie wykazano naruszenia przez zamawiającego dyrektyw naczelnych p.z.p., określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie art. 51 ust. 1 p.z.p., który stanowi, iż zamawiający zaprasza do składania ofert jednocześnie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.

Skład orzekający stwierdził, że czynność zamawiającego – zaproszenia do złożenia oferty przystępującego, który winien być wykluczony z postępowania, była wadliwa. Tym niemniej art. 51 ust. 1 p.z.p. obejmuje swoją hipotezą warunki udziału w postępowaniu, a nie brak podstaw do wykluczenia, zatem zamawiający nie naruszył tej normy.

W zakresie zarzutu nr 2 – naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. w zw. z art. 51 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez przyjęcie dokumentów i informacji składanych przez wykonawcę Fights On Logistics Sp. z o.o. w Warszawie, w zakresie braku podstaw do wykluczenia wobec CEVA Freight LLC, podczas gdy wykonawca ten świadomie przedstawił informację nieprawdziwą, mającą istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w tym w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do tego, że wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z postępowania, a już na pewno nie powinien zostać zaproszony do składania ofert w postępowaniu – Izba stwierdziła, jak niżej.

Dokonując kwalifikacji zachowania przystępującego, wypełniając wymóg z art. 196 ust. 4 p.z.p., Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zatem wykazanie naruszenia tej normy wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, 2) błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, 3) przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Natomiast w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. A więc dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zaistnieć łącznie muszą kolejne przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd,

2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Na wstępie rozważań prawnych, odnoszących się do stwierdzonych okoliczności faktycznych, skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdza, co do interakcji pomiędzy mającymi zastosowanie podstawami wykluczenia, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy p.z.p.

Następnie Izba przyjmuje, że pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co następuje.

Odwołujący podnosił, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., w zakresie uzupełniania dokumentów przez przystępującego, w tym co do zaświadczeń z Wydziału ds. informacji o sprawach karnych (CJIS) i Tax Certification.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała podniesione zarzuty, w ramach okoliczności faktycznych wskazany w odwołaniu.

Z materiału procesowego wynika, że zamawiający nie dokonywał ustaleń co do braku wykazania niezalegania z podatkami, w oparciu o dokument Tax Certification przystępującego. Skład orzekający zatem nie znalazł podstaw do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd na podstawie tego dokumentu, bowiem nie wykazano, aby go w ogóle oceniano. Skoro zamawiający oceniał wniosek przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w oparciu o dowód, co do braku zaległości podatkowych, w postaci Certificate of Good Standing, nie ma podstaw do przyjęcia, że pominięty przez zamawiającego dokument wprowadził zamawiającego w błąd – czego wymaga pierwsza z przesłanek, zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Następnie Izba wskazuje, że nie wykazano, aby przystępujący, wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie aktualności dokumentów zaświadczeń z Wydziału ds. informacji o sprawach karnych (CJIS). Z materiału dowodowego wynika, że zaświadczenia te potwierdzają niekaralność pięciu członków zarządu Ceva Freight LCC na poziomie federalnym, na dzień 12 lipca 2017 r., zatem w tym zakresie również nie potwierdziło się, aby

pierwsza z przesłanek wykluczenia, na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p., została spełniona, skoro zaświadczenia są aktualne na wymaganą datę.

W dalszej kolejności skład rozpoznający odwołanie wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego, przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego.

Jak podkreśla Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzeć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 02.12. 2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28.03. 2014 r. sygn. akt III CSK 156/13).

Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy. Zatem Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie przepisów prawnych, które powinny być zastosowane, jako mające oparcie w ustalonych faktach, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną, wskazaną przed odwołującego. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzecznictwie Sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak trafnie podnosi się w orzecznictwie Sądów powszechnych 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 18.04.2012 r. 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 orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „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).

Skład orzekający powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza zatem związana jest zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w zarzucie. Warto tu zauważyć, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego,

która doprowadziła do naruszania ustawy oraz zwięzłego przedstawienie zarzutów. W odwołaniu należy też określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie odwołania. Okoliczności faktycznych i prawnych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa – art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, iż Izba uwzględni 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 w oparciu o przedstawione zarzuty zostanie zakwalifikowane.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę sporu określonego przez zakres zarzutów rozpoznawanego odwołania Izba stwierdziła, że w postępowaniu doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przystępującego, który niewątpliwie wywołał stan błędu po stronie zamawiającego i z tego błędu skorzystał.

W zakresie braku wykazania przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p., dotyczącej niekaralności członków organu zarządzającego Ceva Freight LLC odwołujący podnosił, iż treść złożonych dokumentów wskazuje, że „nie wyklucza to dodatkowej historii karalności na poziomie stanowym lub lokalnym”, a dodatkowo w dokumencie wskazano, że „wynik powyższej odpowiedzi jest ważny wyłącznie na dzień złożenia wniosku”, a więc dokument ten nie potwierdza, że na dzień składania wniosków dana osoba nie wypełniłaby przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Skład orzekający ustalił, że podany stan faktyczny poddaje się kwalifikacji przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., który stanowi o wykluczeniu wykonawcy, kiedy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć.

W ocenie składu rozpoznającego spór nie ulega wątpliwości, że stanowisko zamawiającego o braku podstaw do wykluczenia, w zakresie niekaralności członków organu zarządzającego Ceva Freight LLC, podyktowane było mylnym przekonaniem co do faktu, iż złożone dokumenty tą niekaralność potwierdzają – podczas gdy w rzeczywistości tego potwierdzenia ze złożonych dokumentów nie sposób było wyprowadzić i nie była to kwestia oceny prawnej, a przeczytania tych dokumentów i przyjęcia do wiadomości ich treści.

Powyższe było skutkiem daleko niedbałego działania przystępującego, który przy zachowaniu nawet nie należytej, a minimalnej staranności, winien był mieć świadomość, że w Stanie Teksas, w którym członkowie organu Ceva Freight LLC mieli miejsca zamieszkania,

istnieje cały szereg przestępstw stanowych i lokalnych, które wymagały wykazania braku karalności na tym poziomie. Pomimo tego, przystępujący twierdził, że dokumenty – z których wprost wynikało, że nie potwierdzają one braku karalności na poziomie stanowym i lokalnym – potwierdzają tę okoliczność, wbrew ich widocznej na pierwszy rzut oka treści. Działanie takie było nie tylko dalece niedbałe, ale nastawione na uchylenie wcześniejszej bierności i braku inicjatywy przystępującego oraz przekonanie zamawiającego – wbrew treści dokumentów – że są one prawidłowe. Tymczasem każdy starannie działający wykonawca, już po lekturze tego dokumentu, podjąłby działania, aby pozyskać dodatkowe dokumenty, potwierdzające niekaralność w sposób właściwy, a na pewno nie twierdziłby, że dokumenty potwierdzają okoliczności, których brak potwierdzenia wprost wynikał z ich treści.

Izba przyjęła, na podstawie art. 14 p.z.p., że do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c. dotyczący należytej staranności i przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, dodatkowo uwzględniając, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zaś, co do zasady, za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie wywiedzione okoliczności, nie sposób jest przyjąć, że postępowanie przystępującego nacechowane było w tym przypadku zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w sposób świadomy i skalkulowany, typowy dla umyślności – przystępujący złożył oświadczenia oraz dokumenty z FBI i bronił swojego stanowiska co do nich, wbrew ich treści, ale nie wykazano w postępowaniu, aby czynił to w realizacji z góry powziętego zamiaru, lub chociaż godził się na to od początku – wynikało to raczej z dalekiej niestaranności, braku zaangażowania i niechęci do pozyskiwania dokumentów urzędowych, a więc zaniechania dochowania staranności. Każdy bowiem należycie działający wykonawca przewidywałby, że dokumenty niepotwierdzające niekaralności na poziomie stanowym i lokalnym (w sytuacji, gdy w danym stanie na tym poziomie istnieją czyny penalizowane, ujęte w podstawach wykluczenia w sprawie) nie będą wystarczające i twierdzenie, wbrew ich treści, że wystarczające są, może doprowadzić zamawiającego do błędnego wyobrażenia o stanie faktycznym i prawnym oraz zaistniałej sytuacji.

Takie zachowanie dowodzi raczej, w świetle zasad doświadczenia życiowego, że przystępujący – pomimo zawodowego charakteru swojej działalności, zaniechał dochowania już nawet nie wymaganej w profesjonalnym obrocie, a jakiegokolwiek staranności w zakresie wykazania podstaw wykluczenia, nie zadbał o własny interes i chciał „pójść na skróty” i w ten sposób zachował się niedbałe. Efektem tej bierności było przyjęcie przez przystępującego

następczej linii obrony, w której przekonywał on zamawiającego do tego, aby nie żądał innych dokumentów, albowiem te przedstawione są wystarczające. Nie sposób jest jednak przyjąć, przynajmniej w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, aby wykonawca uczynił to w zamiarze bezpośrednim, bądź ewentualnym, wprowadzenia zamawiającego w błąd. Wywołanie błędu po stronie zamawiającego było w tym przypadku raczej pobocznym, aczkolwiek istotnym skutkiem, bierności przystępującego w zakresie dbania o własne interesy, niż z góry powziętym zamiarem – a przynajmniej nic innego nie wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Należy przy tym zauważyć, że dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe – względnie jak łatwe były – do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie – istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu.

W konsekwencji powyższego, w ocenie składu orzekającego, działanie przystępującego, będącego profesjonalnym uczestnikiem rynku, mając na uwadze stan rzeczy ustalony w postępowaniu, wypełniło hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., ponieważ było niedbałe i miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamawiający uznał, że przystępujący wykazał niekaralność na poziomie stanowym i lokalnym członków organu spółki dokumentami, z których wprost wynikało, że tej okoliczności nie potwierdzają.

Izba wskazuje dodatkowo, że w ramach rozpoznawanego zarzutu odwołujący podniósł naruszenie art. 51 ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., tym niemniej nie wskazano w odwołaniu, co legło u podstaw naruszenia tychże norm przez zamawiającego, w ramach zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu postawionego w pkt 3 *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w dniu 28 czerwca 2018 r. przez wykonawcę Fights On Logistics Sp. z o.o. w Warszawie, w sytuacji kiedy wykonawca mógł zostać zaproszony do składania ofert najwcześniej po dacie 26 lutego 2019 r., a tym samym w dniu złożenia oferty był podmiotem nieuprawnionym do składania ofert, natomiast okoliczności w jakich wykonawca ten mógł wymagane dokumenty uzupełnić dały mu przewagę konkurencyjną nad odwołującym, ponieważ posiadał on już wiedzę w zakresie złożonych w postępowaniu ofert, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (z zaznaczeniem, że czyni to z ostrożności procesowej, tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że przystępujący wykazał spełnienie

warunków udziału w postępowaniu i brak zaistnienia przesłanek wykluczenia), iż zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 5 p.z.p. winien odrzucić ofertę przystępującego, bowiem dopiero na dzień 26 lutego 2019 r. potwierdzono zdolność do realizacji zamówienia – spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, zaś w dacie wcześniejszej wykonawca zdolności tej nie posiadał.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła dalej idące zarzuty odwołania i nakazała zamawiającemu wykluczenie przystępującego z postępowania, bowiem przystępujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nadto jego działanie wypełniło hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zatem oferta przystępującego powinna zostać odrzucona *ex lege*, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 p.z.p.

Skład orzekający zwraca uwagę, że o ile jasnym jest, że norma 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. dotyczy odrzucenia oferty w postępowaniach wieloetapowych, gdzie zamawiający najpierw prowadzi ocenę wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a później przeprowadza się ocenę złożonych ofert, a więc dotyczy postępowania objętego sporem, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, to przepis ten nie ma zastosowania w ustalonym stanie rzeczy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Po pierwsze, oferta zostanie odrzucona, ponieważ złożył ją wykonawca wykluczony – do zastosowania tej przesłanki niezbędna jest ocena dokonana przez zamawiającego, zgodnie z którą poinformuje on wykonawcę, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bądź nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, co do zasady, z powodu negatywnej oceny wniosku wykonawcy złożonego w postępowaniu, a pomimo zawiadomienia o wykluczeniu, wykonawca składa ofertę w postępowaniu.

Po wtóre, oferta zostanie odrzucona, gdyż złożył ją wykonawca niezaproszony do składania ofert – przesłanka ta dotyczy oferty każdego wykonawcy, który nie dostał od zamawiającego zaproszenia do złożenia oferty, kiedy takie zaproszenie jest wymagane (np. w trybie zapytania o cenę, czy negocjacji bez ogłoszenia).

W trybie przetargu ograniczonego dotyczy to wykonawcy, który nie dostał zaproszenia do składania ofert – bez względu na powód braku zaproszenia – jak również, niezaproszenie do składania oferty może być bezpośrednio związane z przyczyną takiego stanu, tj. w praktyce brak zaproszenia do złożenia oferty będzie głównie spowodowany negatywną oceną wniosku wykonawcy, dokonaną przez zamawiającego. Zatem ze względu na cechy trybu, przesłanka druga przepisu częściowo będzie pokrywać się z hipotezą pierwszej przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

W ustalonym stanie rzeczy omawiana norma nie znajdzie zastosowania, bowiem zgodnie z aktami sprawy, zamawiający w sposób wadliwy ocenił, że przystępujący wykazał brak podstaw do wykluczenia, zatem nie została wypełniona hipoteza pierwszej z przesłanek zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., która wymaga negatywnej oceny wniosku wykonawcy, ponadto zamawiający zaprosił wykonawcę do złożenia oferty, a więc i druga z przesłanek rzeczonoego przepisu się nie ziściła.

W ocenie składu orzekającego, odwołujący nie wykazał również naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., zaś twierdzenia o niebagatelny wpływ przystępującego na sytuację odwołującego w postępowaniu pozostały niewykazane. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący pomija, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on, jako odbiorca przedmiotu zamówienia, kształtuje przyszły stosunek zobowiązaniowy, stosownie do własnych uzasadnionych potrzeb, niezależnie od tego kto zadaje mu pytanie, w trybie art. 38 p.z.p. Zatem trudno podzielić pogląd o rzekomej wadzie postępowania, która ani nie została udowodniona, ani nie ma podstawy w normach p.z.p.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 3 z *petitum* odwołania, jako bezzasadny, bowiem odwołujący nie wykazał, aby zarzut ten posiadał uzasadnione podstawy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że dowody przedłożone przez przystępującego, w postaci trzech ogłoszeń o udzieleniu zamówienia są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozpoznawanego sporu. Natomiast co do dowodów złożonych przez strony i przystępującego, które dotyczyły wniosków wykonawców, oświadczeń i dokumentów składanych zamawiającemu, korespondencji prowadzonej w toku postępowania z zamawiającym i innymi podmiotami, Izba wskazuje, że dowody te już się *ex lege* w aktach sprawy znajdowały (§ 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 poz. 1092 ze zm.) i zostały ocenione we wcześniejszej części uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy stwierdził, że przystępujący nie powinien być wykluczony z postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, które obecnie jest na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

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 w postaci wpisu od odwołania i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....