

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 czerwca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 8 czerwca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 maja 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum Firm: 1) SILTEC Sp. z o.o. (Lider); 2) UNITRONEX Poland Sp. z o.o. (Partner), Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia **PRO PATRIA ELECTRONICS Mérnöki Fejlesztő és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság** (pełna nazwa) „Pro Patria Electronics Kft” (nazwa skrócona), **Budapeszt, Węgry** reprezentowana przez **A.G.**, adres do doręczeń: **Dentons Europe Oleszczuk sp. k., Warszawa; Konsorcjum Firm: 1) WB Electronics S.A. (Lider), 2) SRCTec, LLC (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Ożarów Mazowiecki; Konsorcjum Firm: 1) KENBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. (Lider); 2) Elta System Ltd (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) SILTEC Sp. z o.o. (Lider); 2) UNITRONEX Poland Sp. z o.o. (Partner), Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „*dostawę Radarów Rozpoznania Pola Walki*” (znak postępowania: IU/116 /V-102/ZO/NZO/DOS/SS/2015), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 167 - 304774 z 29.08.2015 r., przez Inspektorat Uzbrojenia, Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 16.05.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszeniu do składania ofert m.in. Konsorcjum Firm: 1) WB Electronics S.A. (Lider), 2) SRCTec, LLC (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Ożarów Mazowiecki zwane dalej: „*Konsorcjum WB Electronics - SRCTec, LLC*” albo „*pierwszym Przystępującym*”; PRO PATRIA ELECTRONICS Mérnöki Fejlesztő és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (pełna nazwa) „Pro Patria Electronics Kft” (nazwa skrócona), Budapeszt, Węgry zwane dalej: „*Pro Patria Electronics Kft*” albo „*drugim Przystępującym*”, jak i Konsorcjum Firm: 1) KENBIT Koenig i Wspólnicy Sp. J. (Lider); 2) Elta System Ltd (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum KENBIT Koenig i Wspólnicy – Elta System*” albo „*trzecim Przystępującym*” oraz wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 Pzp – Konsorcjum Firm: 1) SILTEC Sp. z o.o. (Lider); 2) UNITRONEX Poland Sp. z o.o. (Partner), Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum SILTEC - UNITRONEX*” albo „*Odwołującym*”.

Wykonawca, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, pismem nr V/I 112/16 z dnia 29.01.2016 r., został wezwany do uzupełnienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp., ponieważ Wykonawca nie złożył wraz z Wnioskiem ww. dokumentu dla członka zarządu Unitronex Poland sp. z o.o. pana W.W.S. Zgodnie z zapisami Sekcji III.2.1) pkt 4 ppkt 2 Ogłoszenia, jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Ponadto zgodnie z postanowieniami Sekcji III.2.1) pkt 6 Ogłoszenia w zakresie osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Pzp,

mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie wskazanym powyżej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje, się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem. Wykonawca, pismem nr wch. 3773/IU/2016 z dnia 23.02.2016 r., w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, złożył zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z datą 29.01.2016 r. Dodatkowo lider Konsorcjum Siltec sp. z o.o. złożył pismo wyjaśniające, w którym informuje, że w Stanach Zjednoczonych nie funkcjonuje instytucja zatarcia skazania i że w związku z tym pomimo wystawienia ww. dokumentu z datą późniejszą niż data składania wniosków, potwierdza on brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może uznać zaświadczenia Federalnego Biura Śledczego U.S., ponieważ złożony dokument nie potwierdza warunku stawianego przez Zamawiającego, tj. spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień nie późniejszy niż dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 21.10.2015 r. Dokument złożony przez Wykonawcę został wydany w dniu 29.01.2016 r., tj. po terminie składania wniosków. W związku z powyższym stwierdzić należy, iż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. W świetle przepisu § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) złożona informacja datowana na dzień 29.01.2016 r. nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy. Zgodnie z ww. przepisem, złożony dokument traktowany jest jako aktualny, jeśli został wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania wniosków. Katalog dokumentów, które wykonawca winien przedstawić na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, określony w przepisach przywołanego wyżej rozporządzenia ma charakter zamknięty. Oznacza to, że przepis rozporządzenia nie dopuszcza możliwości wykazania spełniania warunku w omawianym zakresie za pomocą innego dokumentu niż wskazany w rozporządzeniu, ani możliwości uznania za aktualny dokument wystawiony po terminie składania wniosków.

W dniu 25.05.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum SILTEC - UNITRONEX wniosła odwołanie na w/w czynność z 16.05.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.05.2016 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, ze względu na niepotwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentu - zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z 29.01.2016 r. oraz poprzez nieuwzględnienie złożonych wyjaśnień i tłumaczenia przysięgłego dokumentu z 27.04.2016 r., 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC, pomimo nie potwierdzenia przez Konsorcjum, iż w stosunku do SRCTec. LLC brak jest podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów przedłożonych przez Aycomm Sp. z o.o. (w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej) oraz przez Pro Patria Electronics Kft. i Konsorcjum firm: KenBit Koenig i Wspólnicy Sp. j. i Elta Systems Ltd. (w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia). W związku z powyższym wnosił o:

- 1) unieważnienie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności wniosku Odwołującego,
- 4) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp odnośnie dokumentu wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z 29.01.2016r. lub uwzględnienie wyjaśnień i tłumaczenia przysięgłego złożonych Zamawiającego w dniu 27.04.2016r.,
- 5) zakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu przedmiotowego postępowania,
- 6) wykluczenie Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC z przedmiotowego postępowania,
- 7) odtajnienie dokumentów przedłożonych przez Aycomm Sp. z o.o. (w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej) oraz przez Pro Patria Electronics Kft. i Konsorcjum firm: KenBit Koenig i Wspólnicy Sp. j. i Elta Systems Ltd.

(w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia).

Odnośnie pierwszego zarzutu. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu brał udział w ramach Konsorcjum firm. Składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, Odwołujący przedłożył oświadczenie złożone przed notariuszem, zaświadczające o niekaralności Pana W.V.S., pełniącego funkcję Wiceprezesa Zarządu członka Konsorcjum, tj. Unitronex Poland Sp. z o.o. Zamawiający jednak uznał ten dokument za niewystarczający, w związku z tym wezwał Odwołującego do uzupełnienia stosownego dokumentu. W uzupełnieniu przedłożono wyciąg z rejestru Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIS) FBI potwierdzający, iż na podstawie odcisków palców nie znaleziono żadnych wcześniejszych adnotacji dotyczących Pana W.V.S. w rejestrze FBI. Dnia 16.05.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym również o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający stwierdził, iż przyczyną było uzupełnienie zaświadczenia o niekaralności wystawionego przez Departament Sprawiedliwości Federalnego Biura Śledczego U.S. z 29.01.2016r., a zatem po upływie terminu składania wniosków. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp odnośnie Unitronex Poland Sp. z o.o. W tym zakresie powołał się na przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), które wymagają, aby zaświadczenie o niekaralności zostało wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków lub ofert, a termin ten odnosi się również do dokumentów wydanych dla podmiotów zagranicznych przez właściwy dla nich organ sądowy lub administracyjny (§ 3 ust. 1 pkt 5, 6, 7 i ust. 3 Rozporządzenia). Odwołujący nie może się zgodzić z czynnością Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 131 e ust. 1 pkt 1 Pzp. Po pierwsze, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, iż skoro dokument potwierdzający niekaralność Pana W.V.S. został wystawiony po terminie składania wniosków, tym samym nie odpowiada on wymaganiom określonym w przepisach Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów i nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. W tym miejscu, Odwołujący chciałby wskazać, iż zgodnie ze stanowiskiem rozpowszechnionym

w orzecznictwie oraz doktrynie Prawa zamówień publicznych, dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp nie muszą być konieczne wystawione najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ważne jest, aby z ich treści wynikało potwierdzenie istotnych okoliczności właśnie na ten dzień, zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp. Tak między innymi stwierdziła KIO w wyroku z 21.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1059/13: *„Fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, jednak tylko o tyle, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu”*. Powyższy pogląd ma niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro bowiem wykonawcy zostają wzywani do uzupełnienia dokumentów już po otwarciu ofert, w większości przypadków nie będzie możliwe zdobycie dokumentu noszącego datę przed terminem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu. Odwołujący co prawda zdaje sobie sprawę, że wyjątkiem od powyższej reguły są zaświadczenia o niekaralności wydawane przez Krajowy Rejestr Karny, jednakże jest to związane z obowiązującymi przepisami, w szczególności zaś ustawy z 24.05.2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1036), zwanej dalej *„ustawą o KRK”*. Jak wskazał Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii prawnej *„Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP z tytułu prawomocnego skazania za przestępstwo przeciwko środowisku”*: *„Na marginesie wskazać należy, że jeżeli zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego nie potwierdza niekaralności za przestępstwa przeciwko środowisku, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braków w przedmiotowym zakresie. W kontekście powyższego podkreślić jednak należy, że zaświadczenie o niekaralności potwierdza stan na moment jego wystawienia, a zatem niemożliwe jest jego uzyskanie z datą wsteczną. Nie istnieje zatem możliwość uzupełnienia tego dokumentu w następstwie wezwania przez zamawiającego, w ten sposób, by zaświadczenie wystawione po dacie terminu składania ofert potwierdzało niekaralność za przestępstwa przeciwko środowisku na dzień składania ofert. W przedmiotowej sytuacji znajdzie zatem zastosowanie przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, na podstawie którego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu”*. Nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący w ramach uzupełnienia przedłożył inny dokument niż wyciąg z rejestru KRK, zatem niesłusznie Zamawiający zastosował wobec tego dokumentu analogiczne zasady jak w przypadku zaświadczenia o niekaralności wystawionego na rzecz obywatela polskiego. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, odnośnie osoby Pana

W.V.S. przedłożył wyciąg z rejestru Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIS) FBI potwierdzający, iż na podstawie odcisków palców nie znaleziono żadnych wcześniejszych adnotacji dotyczących Pana W.V.S. w rejestrze FBI. Pomimo, że dokument nosił datę 29.01.2016r., z treści dokumentu wynikało wprost, że FBI nie znalazło „*żadnych uprzednich*” (w dokumencie oryginalnym użyto sformułowania „*no prior*”) adnotacji na temat karalności Pana W.V.S. Tym samym, Wydział Informacji Kryminalnych (CJIS) FBI potwierdził, że również w dacie upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Pan W.Y.S. nie był karany. W związku z powyższym, pomimo późniejszej daty wystawienia, przedmiotowy dokument odpowiadał wymaganiom określonym w art. 26 ust. 2a Pzp oraz § 3 ust. 1 pkt 5, 6, 7 i ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i potwierdzał brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp w zakresie Unitronex Poland Sp. z o.o. Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący przedłożył w zakresie uzupełnionego dokumentu dodatkowe wyjaśnienia (dnia 27 kwietnia 2016r.) wskazując, że: *„Jednocześnie informuję, iż z treści tegoż dokumentu wynika, że Pan W.V.S. nie był nigdy wcześniej karany przed dniem jego wydania przez FBI tj. dn. 29.01.2016r., z uwagi na fakt nie stosowania przez FBI instytucji zatarcia kary. Tym samym data wydania tegoż dokumentu przez FBI do przedmiotowej sprawy po terminie złożenia wniosków (w ramach uzupełnienia dokumentów wniosków) potwierdza, że Pan W.S. również do tejże daty wydania dokumentu czyli w całej przeszłości nie był karany”*. Co warto również podkreślić, w ramach uzupełnianych dokumentów na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący przedłożył również zaświadczenie o niekaralności wystawione przez Krajowy Rejestr Kamy dla Pana W.V.S., który jest również obywatelem polskim. Tym samym, również poprzez ten dokument, Odwołujący potwierdził brak podstaw do wykluczenia. Dodatkowo fakt o niekaralności Pana W.V.S. potwierdza oświadczenie złożone przed notariuszem, które pierwotnie zostało dołączone do oferty. Pomimo złożenia wyjaśnień w tym zakresie i przedłożenia tłumaczenia przysięgłego dokumentu, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia została dokonana przez Zamawiającego bez uprzedniego szczegółowego zbadania, czy w istocie przedłożony w uzupełnieniu dokument wystawiony przez FBI nie odpowiada wymaganiom określonym w przepisach. Zamawiający zastosował bowiem na zasadzie analogii, reguły dotyczące zaświadczenia o niekaralności wystawianego w Polsce (wyciąg z rejestru KRK) do dokumentu wystawionego w realiach odmiennego systemu prawnego. Tym samym, czynność wykluczenia jest przedwczesna, ponieważ w świetle powyższych okoliczności, Zamawiający nie był w stanie ustalić ze stuprocentową pewnością, iż w stosunku do Odwołującego występują podstawy do wykluczenia go z postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. W tym miejscu, Odwołujący chciałby



powołać się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 14.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 761 /10, KIO/UZP 762 /10: „Stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp uzupełniane na wezwanie zamawiającego dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą niż termin składania wniosków lub ofert. Jednak z ich treści musi wynikać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków lub ofert. Zaświadczenie z dnia 26 lutego 2010 r. zostało wystawione po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 23 lutego 2010 r. Dokument ten stwierdza dany stan w okresie od 8 września 1972 do 26 lutego 2010 r., a więc obejmuje także dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Z treści ww. dokumentu wynika, że p. T.C.F. na dzień 23 lutego 2010 r. (wchodzący w zakres wskazanego okresu) nie figuruje w rejestrze skazanych w sprawach karnych, w sprawach drogowych oraz w sprawach cywilnych. Odwołujący podnosił, iż wzmianki o popełnionym przestępstwie mogły zostać usunięte z rejestrów np. w dniu 25 lutego 2010 r., jednakże nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie wykazał że złożone zaświadczenie nie spełnia wymogów art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba uznała, że wykonawca Abbott przedstawił zaświadczenie właściwego organu sądowego dla miejsca zamieszkania członka zarządu Spółki, dotyczące niekaralności tej osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, stosownie do treści § 2 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. Jednocześnie zauważyć należy, że wykonawca nie był zobowiązany do złożenia stosownego dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania p. T.C.F., z którego by wynikało, że ta osoba nie była karana za przestępstwa, gdyż w USA są wydawane zaświadczenia na tę okoliczność”. W przedmiotowym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uznała za prawidłowy dokument „Zaświadczenie o niekaralności” wystawiony przez Sąd Okręgowy 19 Okręgu Sądowego/Lake County/Illinois z 26.02.2010 r., pomimo, że nosił datę po terminie składania ofert. Izba wzięła bowiem pod uwagę nie datę wystawienia dokumentu, lecz jego treść, a ponadto słusznie zauważyła, iż ze strony odwołującego się wykonawcy nie przedłożono żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie podstaw do wykluczenia wykonawcy składającego kwestionowane zaświadczenie. W ocenie Odwołującego, stanowisko KIO zaprezentowane w niniejszym orzeczeniu znajduje zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Izba w sposób jednoznaczny opowiedziała się za uznaniem dokumentów wystawionych po terminie składania wniosków lub ofert, potwierdzających w swojej treści spełnienie warunków lub brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Warto również wskazać, że czynność wykluczenia, wiążąca się ze szczególnie negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy, winna być podejmowana z wielką ostrożnością i jedynie w

przypadku stuprocentowej pewności, co do wystąpienia przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający nie zbadał w sposób wystarczający podstaw uzasadniających wykluczenie go z postępowania. Dysponował uprawnieniem (jak również obowiązkiem) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów, w tym również uzupełnionego zaświadczenia o niekaralności, jednakże, pomimo wyraźnej podstawy prawnej, nie wystąpił z konkretnym żądaniem na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Tymczasem, w świetle różnic występujących pomiędzy systemem prawnym Rzeczypospolitej Polskiej, a Stanów Zjednoczonych, wątpliwości Zamawiającego były uzasadnione. W świetle takich okoliczności, Zamawiający był zobligowany do wyjaśnienia treści kwestionowanego dokumentu, czego nie uczynił i z tego powodu, czynność wykluczenia Odwołującego należy potraktować jako przedwczesną. Zgodnie z wyrokiem KIO z 12.06.2015r., sygn. akt: KIO 1127/15: *„Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy, jeśli wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogą zostać wyjaśnione, a oświadczenia lub dokumenty potwierdzające zdolność podmiotową wykonawcy mogą zostać uzupełnione w ustawowym trybie”*. W związku z powyższym, zarzuty Odwołującego są uzasadnione. Zwłaszcza, że Zamawiający nie uznając dokumentu przedłożonego przez Odwołującego ze względu na datę jego wystawienia, dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Należy bowiem wskazać, że w przypadku innego wykonawcy, tj. Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec, LLC, Zamawiający uznał za prawidłowe dokumenty przedłożone w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, pomimo, że również noszą datę po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Konsorcjum firm bowiem zostało wezwane do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 Pzp w zakresie Prezesa Zarządu SRCTec, LLC Pana J.D. i w uzupełnieniu złożyło raport z programu wyszukiwania wpisów o karalności (CHRS) wydany przez Urząd Administracji Sądowej dla stanu Nowy Jork z 12.02.2016r. oraz wyciąg z krajowego rejestru przestępców seksualnych z 19.10.2015r. Nie ulega wątpliwości, iż dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp kluczowym dokumentem będzie raport Urzędu Administracji Sądowej dla stanu Nowy Jork, nie zaś wyciąg z krajowego rejestru przestępców seksualnych, ze względu na charakter przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. W związku z powyższym, skoro Zamawiający przyjął i uznał za prawidłowe dokumenty potwierdzające brak karalności Pana J.D., które zostały wydane w dniu 12.02.2016r., a zatem po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, za niezasadne należy uznać działanie odwrotne w stosunku do Odwołującego i brak uznania zaświadczenia z FBI za dokument odpowiadający wymaganiom. Wskazane czynności Zamawiającego świadczą o nierównym traktowaniu

wykonawców poprzez podejmowanie skrajnie odmiennych czynności wobec wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji. Dodatkowo należy zauważyć, iż dokument przedłożony przez Odwołującego dotyczy informacji na temat Pana W.V.S. we wszystkich stanach w USA, podczas gdy raport z Urzędu Administracji Sądowej przedstawiony przez Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC obejmuje jedynie stan Nowy Jork. Tym samym, Zamawiający pomimo otrzymania wiarygodnego dokumentu zawierającego pełne informacje na temat osoby Pana W.V.S. nie uznał tego dokumentu jedynie ze względu na jego datę wystawienia i nie zwrócił uwagi na właściwą jego treść. Tym samym, zarzut Odwołującego jest uzasadniony.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu, Odwołujący pragnie wskazać, iż w jego ocenie Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC nie potwierdziło braku wystąpienia przesłanki wykluczenia w zakresie wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Konsorcjum firm, jako dokument odpowiadający § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów dla podmiotu zagranicznego, tj. SRCTec. LLC, przedłożyło oświadczenie złożone przed notariuszem. Zamawiający uznał przedmiotowy dokument za niewystarczający ze względu na fakt, iż nie potwierdzał on okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. nie wynikała z niego informacja, czy w stosunku do SRCTec. LLC nie otwarto likwidacji, jak również nie ogłoszono upadłości. W związku z powyższym, w dniu 09.02.2016r., Zamawiający wystąpił do Konsorcjum firm o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. W odpowiedzi, Konsorcjum firm przedłożyło oświadczenie złożone przed notariuszem dotyczące SRCTec. LLC, z którego wynikało, iż w stosunku do tej Spółki, na dzień 19.10.2015 r. nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. W ocenie Odwołującego, wskazany dokument nie jest wystarczający dla potwierdzenia braku występowania przesłanek do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp i nie odpowiada on wymogom określonym w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 Rozporządzenia, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego

likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Natomiast, zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Zatem oświadczenie złożone przed notariuszem może potwierdzać brak występowania przesłanek do wykluczenia jedynie wtedy, gdy w kraju miejsca zamieszkania osoby lub podmiotu nie wydaje się zaświadczeń urzędowych, bądź sądowych. Odwołujący stoi na stanowisku, iż w stanie Nowy Jork dokumentem właściwym dla potwierdzenia, że wobec danej spółki nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości jest tzw. *"certificate of good standing"*. Niniejszy dokument potwierdza nie tylko fakt zarejestrowania podmiotu, ale również jego prawidłowe funkcjonowanie, co stanowi odpowiednik informacji wymaganych w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Należy zauważyć, że również sam Odwołujący na wezwanie Zamawiającego uzupełnił właśnie *"certificate of good standing"* wydany przez sekretarza stanu Delaware i dokument ten został uznany za właściwy przez Zamawiającego. W związku z powyższym, skoro Zamawiający uznał dokument Odwołującego za właściwy, to kierując się obowiązującymi przepisami oraz zasadą równego traktowania wykonawców, nie powinien był przyjąć oświadczenia złożonego przed notariuszem przedstawionego przez Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC. Ponadto, ponieważ oświadczenie przed notariuszem zostało złożone w ramach uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i w ostateczności było dokumentem nieprawidłowym, nie potwierdzającym brak podstaw do wykluczenia wykonawcy, w związku z powyższym, Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum firm WB Electronics S.A. oraz SRCTec. LLC z postępowania. Zamawiający tego jednak nie uczynił, dopuszczając się naruszenia przepisów Pzp. Niezależnie od powyższego warto wskazać, że oświadczenie złożone przed notariuszem przedłożone przez Konsorcjum firm w ramach uzupełnienia dokumentów również nosi datę po terminie składania ofert, jednakże Zamawiający uznał ten dokument za prawidłowy. W stosunku zatem do Konsorcjum firm, Zamawiający postąpił w sposób zupełnie odmienny niż w przypadku dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Tym samym, Zamawiający w sposób rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego, zarzuty Odwołującego są zasadne.

Odnosnie zarzutu trzeciego. Ponadto, Odwołujący wnosi o odtajnienie dokumentów

przedłożonych przez Aycomm Sp. z o.o. (w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej) oraz przez Pro Patria Electronics Kft. i Konsorcjum firm: KenBit Koenig i Wspólnicy Sp. j. i Elta Systems Ltd. (w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia). W ocenie Odwołującego, dokumenty wyżej wymienione nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, nie spełniają bowiem wszystkich przesłanek wymienionych w przepisie art. 11 ust. 4 uznk, tj. nie stanowią one nieujawnionych do wiadomości publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, niezasadnie również Zamawiający zaniechał czynności odtajnienia wskazanych dokumentów, wskutek czego naruszył zasadę jawności, która stanowi jedną z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 27.05.2016 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WB Electronics - SRCTec, LLC zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Pro Patria Electronics Kft zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.05.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum KENBIT Koenig i Wspólnicy – Elta System zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.06.2016 r. (faxem), a 08.06.2016 r.(kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

W dniu 03.06.2016 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 07.03.2016 r. wezwał wszystkich trzech W/w Wykonawców na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 06.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum WB Electronics - SRCTec, LLC oraz Pro Patria Electronics Kft na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosło sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopie sprzeciwów zostały przekazane Zamawiającemu i Odwołującemu. W ramach drugiego pisma z tego samego dnia złożonego przez w/w konsorcjum przedstawiono argumentację merytoryczną wniesionego sprzeciwu.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego (str. 10-12 odwołania) stwierdził, że podstawą prawną regulującą potwierdzenie braku wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania jest art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. Rodzaj i forma dokumentów potwierdzających m.in. brak przesłanek do wykluczenia z postępowania została określona przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z § 4 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia, który to odnosi się do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie wynika dokładnie w jakiej formie i jaką treść powinien zawierać ów dokument potwierdzający. Co więcej, mając na uwadze fakt, że jednym z członków Konsorcjum jest podmiot zarejestrowany w Stanach Zjednoczonych, należy pamiętać o różnych systemach prawnych funkcjonujących w poszczególnych stanach USA. W stanie Nowy Jork (bo tam zlokalizowana jest siedziba członka Konsorcjum) dokumentem potwierdzającym fakt funkcjonowania podmiotu, a więc nie otwarcia wobec niego likwidacji czy ogłoszenie upadłości jest m.in. dokument przedłożony przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Z dokumentu, podpisanego przez Executive Deputy Secretary of State – A.G., jasno i bezsprzecznie wynika, że SRCTec Transitional LLC jest podmiotem czynnym, istniejącym i w dalszym ciągu funkcjonującym, na dzień datowania tego dokumentu. Dodatkowo, czyniąc więcej niż przewidują to przepisy obowiązującego prawa zamówień, Konsorcjum złożyło, w uzupełnieniu do wezwania Zamawiającego z 09.02.2016 r., oświadczenie Prezesa Zarządu spółki SRCTec, LLC poświadczony notarialnie, o treści, z której wynika, że na dzień 19.10.2015 r. reprezentowana przez niego spółka nie znajduje się w stanie upadłości oraz nie otwarto w stosunku do niej postępowania likwidacyjnego. Wyjaśnienia powyższe zostały przyjęte przez Zamawiającego, a dokumenty przedstawione przez Konsorcjum dot. spółki SRCTec, LLC nie budziły żadnych wątpliwości prawników Zamawiającego, którzy posiadają najwyższą wiedzę w tym zakresie. Ponadto, co wynika z załączonej do niniejszego odwołania korespondencji e-mailowej prowadzonej z

przedstawicielami amerykańskiego członka Konsorcjum, spółka SRCTec, LLC na swoją prośbę skierowaną do władz stanowych stanu Nowy Jork, otrzymała dokument, który załączyliśmy do akt niniejszego postępowania. Dokument o innej treści nie został spółce wydany. Dlatego też, w celu pełnego wypełnienia zapisów polskiej ustawy prawo zamówień publicznych, dodatkowo zostało złożone oświadczenie Prezesa Zarządu spółki, o którym mowa powyżej.

Zauważył, że system prawa amerykańskiego *common law i statutory law* nie jest systemem tak formalistycznym i dookreślonym jak system prawa polskiego. W wielu przypadkach nie jest możliwe bezpośrednie odniesienie wymagań przepisów prawa polskiego do ich amerykańskich odpowiedników. Wymaganie potwierdzenia, że podmiot nie znajduje się w likwidacji oraz, że nie zostało wobec niego otwarte postępowanie upadłościowe jest tego klasycznym przykładem. Fakt, iż przedłożony przez Konsorcjum dokument nie zawiera słów „*certificate of good standing*” nie powoduje, że przedłożony przeze mnie dokument nie spełnia wymogów Pzp. Przywoływanie przez Odwołującego argumentu, że przedłożył on w przedmiotowym postępowaniu dokument wydany przez sekretarza stanu Delaware dokument o nazwie „*Certificate of good standing*” jest przejawem nieznamości przez Odwołującego amerykańskiego systemu prawnego. Stany Zjednoczone Ameryki Północnej są państwem federacyjnym, co oznacza w dużym uproszczeniu, że przepisy prawne w poszczególnych stanach są różne. Dokument o nazwie „*Certificate of good standing*” w stanie Delaware może być inaczej tytułowany w innych stanach. W stanie Nowy Jork istnieje kilka nazw tego dokumentu m.in.: New York Certificate of Authority, New York Certificate of Status, New York Certificate of Subsistence, New York Certificate of Qualification, New York Certificate of Compliance, czy najbardziej właściwie Certificate Under Seal. Niektóre dokumenty potwierdzające funkcjonowanie podmiotów gospodarczych, w ogóle nie mają nazw, a jedynie wypełnione są treścią (patrz: dokument przedstawiony przez Konsorcjum). Stwierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum złożyło dokument nie tej treści, a właściwie o treści nieznaną prawu amerykańskiemu, jest raczej nadużyciem i wchodzeniem w rolę ustawodawcy amerykańskiego. Takim dokumentem jest właśnie dokument przedłożony przez Konsorcjum. Zgodnie z prawem stanowym stanu Nowy Jork nie posiada on przedmiotowej nazwy, co potwierdza m.in. korespondencja e-mailowa prowadzona z amerykańską firmą doradcą, specjalizującą się w pozyskiwaniu dokumentów niezbędnych w międzynarodowym obrocie handlowym, jak i korespondencja z przedstawicielami działu prawnego SRCTec LLC. Twierdzenie o nieznamości przez Odwołującego amerykańskiego systemu prawnego jest jak najbardziej zasadne.

Twierdzenie Odwołującego (akapit 3 str. 12 odwołania) jakoby Zamawiający, który powinien kierować się „*obowiązującymi przepisami prawa oraz zasadą równego traktowania wykonawców, nie powinien był przyjąć oświadczenia złożonego przed notariuszem*

*przedstawionego przez Konsorcjum firm WB\_\_Electronics S.A oraz SRCTec LLC" jest niezasadne. Mając na uwadze odmienność stanu prawnego stanu New York oraz Delaware brak jest analogii pomiędzy tymi oświadczeniami. Nie jest też możliwa do zastosowania zasada równego traktowania. Dodatkowo, złożony przez Konsorcjum WB Electronics S.A.-SRCTec, LLC „Oświadczenie” nosi znamiona dokumentu dodatkowego, a nie uzupełniającego. Z uzupełnieniem dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, można mieć do czynienia w przypadku, gdy założymy, iż uprzednio złożony przez WB Electronics S.A. dokument jest nie prawidłowy. W Naszym przypadku nie może być mowy o dokumencie nieprawidłowym. Obowiązujące w Polsce prawo zamówień publicznych nie określa w sposób dokładny formy i treści dokumentów zagranicznych potwierdzających pewne fakty i zdarzenia. Oświadczenie Prezesa Zarządu SRCTec, LLC datowane na 16.02.2016 r., poświadczane notarialnie przez prawnika amerykańskiego jest jedynie dokumentem dodatkowym, potwierdzającym stan faktyczny i wynikające z niego konsekwencje, określone w złożonym przez Nas wcześniejszym dokumencie z 19.10.2015 r. Analiza rozporządzeń wykonawczych do Pzp zdaje się to potwierdzać. Tym samym należy skonstatować, że w tym zakresie Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. W przypadku, gdy Zamawiający powziąłby jakiegokolwiek wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez Wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, mógłby skorzystać z uprawnienia do zwrócenia się do właściwych organów odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, o czym mowa w ust. 4 § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Zamawiający zaś z tego uprawnienia nie skorzystał, a co więcej uznał, że wobec złożenia odpowiednich dokumentów, spełniających kryteria przedmiotowego zamówienia, Konsorcjum WB Electronics S.A. - SRCTec, LLC kwalifikuje się do następnego etapu postępowania. Końcowy akapit strony 12 odwołania należy uznać za kompletnie mijający się z prawdą, czego Odwołujący zdaje się nie zauważyć. Mianowicie data tego „Oświadczenia” faktycznie jest datą po terminie składania dokumentów, jednakże treść dokumentu potwierdza stan faktyczny i prawny na dzień 19.10.2015 r., a więc w terminie złożenia dokumentów w postępowaniu. Idąc tropem myślenia Odwołującego, dokument składany przez Konsorcjum, na wezwanie Zamawiającego należałoby antydatować, a to stanowi przestępstwo zagrożone karą określoną w kodeksie karnym. W tym miejscu należy także przytoczyć tezy wyroków KIO mówiące zgodnie, że: „Data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca*



wymaga potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest bez znaczenia, jeżeli z treści dokumentu wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu" (wyroki KIO z 12.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 540/09 i z 16.04.2012 r., sygn. akt: KIO 632/12).

Reasumując, stwierdził, że działanie Zamawiającego (Inspektorat Uzbrojenia), polegające na uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu SILTEC i UNITRONEX, może nosić znamiona działania na szkodę Skarbu Państwa, a na pewno godzi w dobre imię Naszej spółki i stanowi działanie na jej szkodę. Dziwi fakt, że Zamawiający w przeciągu krótkiego czasu zmienia całkowicie zdanie na temat prowadzonego przez siebie postępowania dopuszczając Nasze Konsorcjum do dalszego etapu postępowania, na skutek złożenia, co należy po raz kolejny podkreślić, prawidłowych dokumentów wymaganych przez prawo polskie i znanych prawu amerykańskiemu, następnie uznaje, że przekroczył swoje uprawnienia. Zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty Odwołującego się, uznał tym samym, że naruszył swoim wcześniejszym postępowaniem - prawo zamówień. Zdumiewa również, że Zamawiający w bardzo krótkim, jak na zamówienia wojskowe, czasie (6 dni), działając jedynie na podstawie subiektywnej i jednostronnej opinii Konsorcjum SILTEC-UNITRONEX, podejmuje decyzję o zmianie wyników etapu postępowania. Zamawiający nie pokusił się o jakąkolwiek weryfikację twierdzeń Odwołującego się, w tym w szczególności nie zweryfikował u źródła (New York State, USA) poprawności, formy i treści dokumentów Naszego amerykańskiego partnera. Dziwi fakt, iż Zamawiający niejako pozostawił jednemu z oferentów uprawnienie do dokonywania wiążącej dla Inspektoratu Uzbrojenia oceny dokumentów składanych w postępowaniu przez innego oferenta. Można odnieść wrażenie, że działanie Zamawiającego, który uznaje złożone przez Konsorcjum dokumenty za prawidłowe, a następnie zakwalifikowuje je do dalszego etapu postępowania, a następnie na skutek odwołania wykluczonego oferenta wyklucza je z dalszego postępowania - nosi znamiona działania pod presją i niejako pod dyktando, tym samym obraża zasadę bezstronności i obiektywności.

W dniu 08.06.2016 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 01.06.2016 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

W toku posiedzenia, Odwołujący cofnął zarzut 3 i 4 zawarty w odwołaniu, podtrzymując zarazem zarzuty dotyczące złożonego przez niego wniosku w postępowaniu, czyli zarzut 1 i 2 odwołania. Jednocześnie wnosząc o zajęcie stanowiska obu składających sprzeciw Wykonawców, czy wobec powyższego oświadczenia podtrzymują wniesione

sprzeciwu. Pro Patria Electronics Kft uzależniła swoje stanowiska od oświadczenia Zamawiającego, czy owe uwzględnienie należy odnieść do obecnego stanowiska Odwołującego, przedstawionego na posiedzeniu tj. zarzutów podtrzymanych, czyli tylko do zarzutu 1 i 2. Wyjaśniła, iż oczekiwałaby oświadczenia Zamawiającego, że wykonując powtórzone czynności nie odtajni dokumentów Pro Patria Electronics Kft. Podobne stanowisko sformułowało Konsorcjum WB Electronics – SRCTec, LLC Jednocześnie, stwierdzając, że oczekiwałby od Zamawiającego wyrażenia stanowiska zgodnie, z którym Konsorcjum WB Electronics – SRCTec, LLC, nie zostanie wyłączone z postępowania.

Zamawiający, oświadczył, że wobec wycofania na posiedzeniu części zarzutów przez Odwołującego zawartych w odwołaniu, podtrzymuje dokonane uwzględnienie odwołania - jedynie w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego. Oświadczył również dodatkowo, iż w związku z wycofaniem zarzut nr 4 - nie odtajni dokumentów Pro Patria Electronics Kft, a w związku z wycofaniem zarzut nr 3 - nie wykluczy Konsorcjum WB Electronics – SRCTec, LLC. Stwierdził nadto, iż dotyczy to również Konsorcjum KENBIT Koenig i Wspólnicy – Elta System. Wyjaśnił również, iż odtajnił dokumenty Aycomm Sp. z o.o. i upłynął już termin na wniesienie odwołania przez tego wykonawcę. Zamawiający oświadczył również, iż według jego wstępnych szacunków Aycomm Sp. z o.o., przy ponownej ocenie nie zakwalifikuje się do premiowanej do udziału w następnym etapie „piątki”, zaś zakwalifikuje się Odwołujący.

Przystępujący, Pro Patria Electronics Kft oraz Konsorcjum WB Electronics – SRCTec, LLC, po zapoznaniu się z oświadczeniami złożonymi przez Zamawiającego na posiedzeniu, przy uwzględnieniu wycofania przez Odwołującego zarzutu nr 3 i nr 4 zawartego w odwołaniu - wycofali swoje sprzeciwy, mocą oświadczenia złożonego przez swoich umocowanych pełnomocników.

W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący miał prawo na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp do wycofania poszczególnych zarzutów odwołania do zamknięcia rozprawy, nie tylko całego odwołania, co jest powszechnie przyjęte i ugruntowane w orzecznictwie. W konsekwencji, Zamawiający, a ściślej jego czynność uwzględnienia odwołania w całości należy odnieść do zakresu odwołania podtrzymanego na posiedzeniu przez Odwołującego, tym bardziej, że oświadczenie takiej treści złożył na posiedzeniu sam Zamawiający. Izba także stwierdza, że tak jak uznaje prawo Odwołującego do wycofania zarzutów, jak i całego odwołania, analogiczne uprawnienie przysługuje w zakresie wycofania zgłoszonego przystąpienia, czy też wniesionego sprzeciwu - Przystępującym/Wnoszącym Sprzeciw, jak miało to miejsce w tym ostatnim wypadku w przedmiotowym stanie faktycznym. W ocenie Izby, przepis art. 187 ust. 8 w zw. z art. 185 ust. 3 Pzp w zw. z art. 186 ust.3 Pzp można zastosować *per analogia* w odniesieniu do oświadczeń składanych przez zgłaszających

przystąpienia, tym bardziej że czynność Zamawiającego wypełniła oczekiwania zgłaszających przystąpienia wykonawców, co zostało potwierdzone stosownymi oświadczeniami Zamawiającego na posiedzeniu będącymi odpowiedzią na oczekiwania wyrażone także na posiedzeniu przez zgłaszających przystąpienia wykonawców. W konsekwencji, na tym etapie postępowania dopuszczalne jest wycofanie zgłoszonego przystąpienia, czy też sprzeciwu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 887/16 – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 Pzp oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp - należało umorzyć, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. Nr 41, poz. 238). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....