

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę Fellowes Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miejską Kraków, przy udziale wykonawcy Eurocentrum-Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4.712,00 zł (słownie: cztery tysiące siedemset dwanaście złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Gmina Miejska Kraków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa oczyszczaczy powietrza do krakowskich samorządowych żłobków, przedszkoli i szkół*, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2018 r., pod nr 2018/S 145-331304.

26 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Eurocentrum-Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Wykonawcą EC”. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę Fellowes Polska S.A. z siedzibą w Warszawie o wykluczeniu go z Postępowania.

5 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykluczonego wykonawcy (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EC jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
2. wybór oferty Wykonawcy EC jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
3. wykluczenie Odwołującego z Postępowania;
4. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy EC w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ Wykonawca EC, wbrew wymogom SIWZ, zaofertował oczyszczacz powietrza nieposiadający deklaracji zgodności i oznakowania CE potwierdzających spełnienie wymagań dla wyrobów wprowadzanych na rynek;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy EC pomimo złożenia dokumentu wprowadzającego Zamawiającego w błąd, rzekomo potwierdzającego spełnienie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego, gdy produkt ten w związku z nieistnieniem w dniu wystawienia dokumentu uchwytu montażowego nie mógł zostać przebadany pod względem spełnienia normy PN-EN 60335-1:2012 zgodnie z nakazem zawartym w wyroku KIO 1890/18;
3. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy EC pomimo przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty i wykluczenie tego wykonawcy;
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał brak podstaw wykluczenia;
5. z ostrożności, w przypadku oddalenia zarzutu określonego w pkt 4, w związku z uznaniem złożonych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia dokumentów potwierdzających niekaralność osób za niewłaściwe – naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. 26 ust. 3 Pzp przez wykluczenie Odwołującego, po złożeniu przez niego dokumentów stanowiących potwierdzenie, że nie zachodzą wobec Odwołującego podstawy do wykluczenia z Postępowania, w odpowiedzi na nieprecyzyjne i lakoniczne wezwanie do ich uzupełnienia;
6. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy EC;
2. ponownego badania i oceny ofert oraz czynności związanych z weryfikacją przesłanek wykluczenia, a w przypadku uznania, że dokumenty potwierdzające niekaralność członków organów Odwołującego są niewłaściwe, nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zawierającego precyzyjne wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu i rady nadzorczej wraz ze wskazaniem dokładnych przyczyn, dla których uprzednio złożone dokumenty zostały uznane za nieprawidłowe oraz wskazania dokumentów, które Zamawiający uznał za właściwe;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy EC;
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Dodał, że jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego i złożył ofertę w Postępowaniu. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu punktowym, za ofertą Wykonawcy EC. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz wykluczeniu Odwołującego, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu. W wyniku tych bezprawnych działań, które w konsekwencji doprowadziły do niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty Wykonawcy EC, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i zysku związanego z jego realizacją, co stanowi szkodę.

#### **I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp**

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 8 października 2018 r. (KIO 1890/18) Zamawiający został zobowiązany m.in. do wezwania Wykonawcy EC do złożenia udokumentowanych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania przez oferowany oczyszczacz powietrza wymagań wskazanych w normie PN-EN 60335-1:2012 w odniesieniu do systemu montażu ściennego. W treści uzasadnienia wyroku Izba wskazała, że „jak wynika z dowodów znajdujących się w aktach sprawy (wyjaśnienia z dnia 15.08.2018 r. złożone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz dołączony do nich dowód w postaci oferty z dnia 16.07.2018 r.) uchwyt montażowy dla urządzenia Air Clinic Home&Office model

K07SE (*school edition*) będzie dopiero przedmiotem projektowania i wykonania przez podmiot trzeci, tj. ABC COLOREX sp. z o.o. (dalej „Wykonawca C”) – a zatem oświadczenie zawnioskowane jako dowód przez Zamawiającego (załącznik do pisma Wykonawcy Eurocentrum Polska Spółka z o.o.) wystawiony przez Olansi Healthcare Co. Ltd. dotyczy tylko etapu projektowania, zaś przedmiotem oceny winien zostać poddany cały wyrób w postaci gotowego oczyszczacza powietrza wraz z dedykowanym do niego, zaprojektowanym i wykonanym na zlecenie Wykonawcy Eurocentrum Polska Spółka z o.o. uchwytem montażowym (podkreślenie Izby)”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 października 2018 r. Wykonawca EC złożył w dniu 25 października 2018 r. wyjaśnienia wraz z deklaracją zgodności producenta wystawioną w dniu 23 lipca 2018 r., a więc zaledwie tydzień po otrzymaniu przez niego oferty Wykonawcy C dotyczącej wyceny wykonania projektu oraz uchwytu montażowego (16 lipca 2018 r.). Powyższa okoliczność oraz treść wyjaśnień Wykonawcy EC udzielonych w dniu 15 sierpnia 2018 r., na które zwróciła uwagę Izba rozpatrując poprzednio wniesione odwołanie jednoznacznie wskazują na to, że w dniu 16 lipca 2018 r., tj. dniu, w którym Wykonawca EC otrzymał wycenę od Wykonawcy C, uchwyty montażowe nie istniały, ponieważ przedstawiona wycena dotyczyła ich zaprojektowania i wykonania. Deklaracja zgodności z dnia 23 lipca 2018 r. wystawiona przez Guangzhou Olansi Water Treatment Equipment Co. Ltd. („Producent O”) zaledwie tydzień po otrzymaniu przez Wykonawcę EC oferty Wykonawcy C nie może w związku z powyższym potwierdzać przebadania produktu pod względem jego zgodności z normą PN-EN 60335-1:2012 przy zastosowaniu uchwytów zaprojektowanych i wykonanych przez wymieniony podmiot trzeci, ponieważ producent nie mógł dysponować tymi uchwytami wobec nieistnienia tych elementów, nie mogąc tym samym we wskazanym dniu przebadać oczyszczacza powietrza z ich zastosowaniem.

W związku z ustaleniem przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 października 2018 r. KIO 1890/18, że produkcja tych uchwytów będzie dopiero przedmiotem projektowania i wykonania przez podmiot trzeci, producent nie mógł wydać deklaracji zgodności oferowanego oczyszczacza powietrza po przebadaniu urządzenia z zastosowaniem dodatkowych elementów konstrukcyjnych. Analiza dokumentów złożonych przez Wykonawcę EC w celu wykazania spełnienia przez oferowane urządzenie normy PN-EN 60335-1:2012 prowadzi do wniosku, że:

1.deklaracja zgodności została wydana po przeprowadzeniu badania urządzenia z zastosowaniem innych uchwytów montażowych niż te, które stanowiły ofertę Wykonawcy C;

albo

2.Wykonawca EC działając w celu uniknięcia odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ zlecił producentowi wystawienie deklaracji zgodności pomimo braku przeprowadzenia badania urządzenia zgodnie z nakazem sformułowanym w wyroku KIO 1890/18.

Dodatkową przesłanką podającą w wątpliwość przeprowadzenie badania najpóźniej w dniu wystawienia deklaracji zgodności, tj. 23 lipca 2018 r., jest sformułowanie zamieszczone we wnioskach, po pkt 7 tłumaczenia na język polski tego dokumentu: „deklaracja dotyczy oczyszczacza powietrza z dedykowanym do niego, zaprojektowanym i wykonanym na prośbę Eurocentrum Polska sp. z o.o. uchwytem montażowym w zakresie wymagań określonych w normie europejskiej: EN 60335-1:2012 w odniesieniu do systemu montażu na ścianach”.

Przytoczona treść tłumaczenia deklaracji zgodności zawiera niemalże identyczne sformułowanie jak to, które zostało wskazane w wyroku z dnia 18 października 2018 r., KIO 1890/18 oraz to, jakie zostało zawarte w piśmie skierowanym przez Zamawiającego, a więc po okresie ponad miesiąca od dnia wystawienia deklaracji zgodności: „przedmiotem oceny winien zostać poddany cały wyrób w postaci gotowego oczyszczacza powietrza wraz z dedykowanym do niego, zaprojektowanym i wykonanym na zlecenie wykonawcy Eurocentrum Polska Spółka z o.o. uchwytem montażowym”.

Bezsprzeczne jest, że w terminie niemalże dwóch miesięcy poprzedzających wydanie przez Izbę wyroku oraz przed wniesieniem przez Odwołującego odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego w dniu 10 września 2018 r. producent nie mógł wejść w posiadanie informacji odnośnie przyszłych wniosków Izby i dowiedzieć się, jakie sformułowanie powinno zostać zawarte, aby deklaracja zgodności potwierdzała spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawca EC w stanowisku dotyczącym poprzedniego odwołania (pkt 3.4 pisma z dnia 1 października 2018 r.) utrzymywał wówczas, że „zarzuty Odwołującego, jakoby części montażowe wpływały na zmianę modelu, względnie wymagały jakichś osobnych dokumentów lub certyfikatów są niecelne, a zamontowane urządzenie spełnia wszelkie wymagane w Postępowaniu normy i wymogi bezpieczeństwa” (str. 3 i 4 pisma). W związku z tym, że w dniu 1 października 2018 r. Wykonawca EC utrzymywał, że urządzenie z zastosowaniem dodatkowych części montażowych nie wymaga przeprowadzenia badań ani dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów bezpieczeństwa wymaganych w SIWZ należy stwierdzić, że w tym dniu nie istniała deklaracja zgodności

wystawiona przez producenta po przeprowadzeniu badania oczyszczacza powietrza z zastosowaniem uchwytów zaprojektowanych i wykonanych przez Wykonawcę C, w przeciwnym razie Wykonawca EC niewątpliwie złożyłby ją w Postępowaniu odwoławczym KIO 1890/18 w celu wykazania zgodności produktu, a w przesłanym Odwołującemu stanowisku nie formułował twierdzeń odnoszących się do braku zasadności przeprowadzenia takich badań i wystawienia dodatkowego dokumentu. Wobec powyższego, przeprowadzenie badania produktu z zastosowaniem wykonanych przez podmiot trzeci uchwytów montażowych nie miało miejsca, bowiem na wcześniejszym etapie Postępowania Wykonawca EC, wobec własnych twierdzeń o prawidłowości dotychczas przedłożonych dokumentów, nie widział potrzeby dokonywania kolejnych badań w zakresie weryfikacji norm bezpieczeństwa.

Powyższe dowodzi nieuczciwych działań Wykonawcy EC, polegających na dążeniu do uzyskania zamówienia za wszelką cenę, w tym porozumień z producentem odnośnie tworzenia dokumentów datowanych wstecz.

Podsumowując powyższe, wobec nieprzeprowadzenia badania z użyciem uchwytów zaprojektowanych i wykonanych przez Wykonawcę C przedłożona w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu deklaracja zgodności wystawiona przez Producenta O nie potwierdza spełnienia przez zaoferowane urządzenie wymaganej przez Zamawiającego normy PN-EN 60335-1:2012. Złożenie deklaracji zgodności zgodnej z nakazem sformułowanym w wyroku KIO 1890/18 nie miało miejsca, w związku z czym, wobec możliwości jednokrotnego skierowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, oferta Wykonawcy EC powinna zostać odrzucona. W związku ze złożeniem deklaracji zgodności, która wobec przedstawionych argumentów nie może potwierdzać przeprowadzenia badania urządzenia z zastosowaniem wykonanych na zlecenie Wykonawcy EC uchwytów montażowych, wykonawca ten, składając dokument niepotwierdzający spełnienia przez oferowane urządzenie wymagań wprowadził Zamawiającego w błąd, w związku z czym spełniona została przesłanka wykluczenia z Postępowania.

## **II. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt Pzp**

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 sierpnia 2018 r. złożył, w dniu 3 września 2018 r., dokumenty wraz z tłumaczeniami potwierdzające niekaralność osób wchodzących w skład organu zarządzającego i nadzorczego, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj.:

1. wobec J.E.F („J.E.F.”) oraz P.A.P. („P.A.P.”), mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych, potwierdzony za zgodność z oryginałem raport *Career Builder Employment Screening* z dnia 29 sierpnia 2018 r.;
2. wobec A.J.T. („A.J.T.”), mającego miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii, wydruk *Police Certificate (UK)* z dnia 28 sierpnia 2018 r.

W dniu 5 września 2018 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenia ww. osób złożone przed notariuszem, potwierdzające brak skazania za przestępstwa, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp.

W dniu 5 września 2018 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo zawierające wezwanie do uzupełnienia informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru innych równoważnych dokumentów wydanych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokumentów, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – m.in. dla J.E.F., P.A.P i A.J.T. Zamawiający w wezwaniu ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że według wstępnego rozeznania w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii wydaje się urzędowe dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał przyczyn dla których uznał złożone dokumenty za niezgodne z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu oraz nie wymienił dokumentów, które Odwołujący zobowiązany był przedłożyć.

Wobec niez uzyskania informacji odnośnie zastrzeżeń dotyczących złożonych dokumentów, a także wobec braku informacji, które dokumenty według wstępnego rozeznania Zamawiającego Odwołujący powinien przedłożyć, Odwołujący w dniu 10 września 2018 r. złożył wraz z tłumaczeniami dokumenty dotyczące J.E.F. oraz P.A.P. – *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* wydruk z *Judicial Circuit Court Clerk Dupage County Illinois*, zaświadczenie z *Itasca Police Department*.

W dniu złożenia przez Odwołującego wymienionych dokumentów Zamawiający przesłał uczestnikom Postępowania informację o wyborze oferty Wykonawcy EC jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie został wykluczony z Postępowania, co jednoznacznie wskazywało, że wykazał brak podstaw wykluczenia wobec przedłożenia dokumentów, które Zamawiający uznał za prawidłowe.

Wobec postanowień zawartych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2018 r., KIO 1890/18, Zamawiający został zobowiązany do dokonania czynności, o których mowa w omówieniu zarzutu I odwołania. W dniu 26 października 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu informację o ponownym wyborze oferty Wykonawcy EC jako najkorzystniejszej, jednocześnie wykluczając Odwołującego, uzasadniając tę czynność brakiem wykazania podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp w stosunku do przedstawicieli organu zarządzającego i nadzorczego – J.E.F, P.A.P., A.J.T. Zamawiający dopiero w piśmie z dnia 26 października 2018 r. wskazał które dokumenty potwierdzające niekaralność należy uznać za właściwe wobec osób mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych oraz w Wielkiej Brytanii wymieniając, że:

1. wobec J.E.F. i P.A.P., według stanowiska Zamawiającego, Odwołujący zobowiązany był przedłożyć *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations*;
2. wobec A.J.T., według stanowiska Zamawiającego, Odwołujący zobowiązany był przedłożyć *Basic Disclosure Certificate*.

Pomimo powołania się przez Zamawiającego na wyrok KIO z dnia 8 marca 2016 r., KIO 249/16, stanowisko Zamawiającego odnośnie tego, że *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* jest dokumentem właściwym w zakresie wykazania niekaralności osób mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych nie jest stanowiskiem prawidłowym, o czym świadczy fragment tłumaczenia złożonych Zamawiającemu dokumentów „nie wyklucza to dalszej historii kryminalnej na szczeblu państwowym lub lokalnym”. Powyższe oznacza,

że w Stanach Zjednoczonych nie istnieje rejestr, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia, tj. rejestr zawierający informację o zakresie tożsamym z zakresem informacji w Krajowym Rejestrze Karnym, tj. art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp. Powyższe prowadzi do wniosku, że właściwym dokumentem z zakresu wykazania niekaralności członków organów Odwołującego mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych jest dokument, o którym mowa w § 8 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia, tj. dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem.

Ze względu na stanowy charakter państwa, jakim są Stany Zjednoczone funkcjonują w nim rejestry lokalne, stanowe i krajowe, przy czym należy podkreślić, że, przykładowo, informacje zawarte w rejestrach lokalnych mogą nie zostać umieszczone w rejestrze prowadzonym przez FBI. System rejestrów historii kryminalnej różni się więc od funkcjonującego w Polsce systemu, dzięki któremu na podstawie jednego dokumentu zainteresowany podmiot może uzyskać informacje o całej historii kryminalnej osoby, odnośnie której kieruje wniosek o udzielenie informacji. Powyższa okoliczność występowania wielu rejestrów karnych jest powszechnie znana w Stanach Zjednoczonych, na co jednoznacznie wskazują informacje prasowe, przykładowo te zawarte w artykule *The Hill National database for background checks is a myth*, dostępnym pod adresem <https://thehill.com/blogs/congress-blog/judicial/291939-national-database-for-background-checks-is-a-myth>, zgodnie z którym „Choć postrzegane przez wielu jako całość, baza danych FBI nie jest uważana za wiarygodną jako jedno źródło dla celów badań przesiewowych w tle. Nawet w przypadku podmiotów, które są zobowiązane do korzystania z bazy danych FBI, zaleca się wykorzystanie innych źródeł w celu uzupełnienia wyszukiwania FBI. Nawet FBI przyznaje, że jego baza danych NCIC jest ograniczona, zauważając, że zawiera tylko około 50 do 55 procent wszystkich dostępnych rejestrów karnych, wraz z informacjami pobranymi z odcisków palców przechowywanych przez FBI. Powyższa informacja została zawarta również na stronie internetowej <https://national-employment-screening.com/fbi-criminal-record-database-myths-explained/> i wskazuje na problem, z jakim borykają się pracodawcy Stanów Zjednoczonych nie mogąc jednoznacznie, na podstawie jednego źródła, zebrać wszystkich informacji dotyczących przeszłości kryminalnej określonych osób. Dodatkowo, strona internetowa <https://travel.state.gov/content/travel/en/international-travel/while-abroad/criminal-record-checks.html> wskazuje na istnienie możliwości dokonania lokalnej lub stanowej rewizji rejestrów karnych, co również potwierdza istnienie wielu rejestrów. W powołanym przez Zamawiającego w faktycznej podstawie uzasadnienia czynności wykluczenia wyroku z dnia 8 marca 2016 r., KIO 249/16, Izba wskazuje na dostępność uzyskania zaświadczeń, wymieniając przykładowe możliwości w tym zakresie. Uzasadnienie przytoczonego wyroku odnosi się do stwierdzenia możliwości uzyskania zaświadczenia potwierdzającego karalność lub brak karalności osoby zainteresowanej. Powyższe nie ulega wątpliwości, istotne jest jednak czy dokumenty te odpowiadają wymaganiom określonym w § 7 ust. 1 pkt 1, czy też § 8 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia „jeżeli w kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się go dokumentem zawierającym oświadczenie tej osoby złożonym przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby”. Sformułowanie „dokumentów” odnosi się przy tym nie do obowiązku składania wielu dokumentów mogących zawierać informacje o historii kryminalnej, lecz bezpośrednio do wyliczenia zawartego w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia „składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument”, przy czym spójnik „albo” oraz liczba pojedyncza „informacja z

rejestr”, czy „równoważny dokument” zawarta w tym przepisie wskazuje na obowiązek przedstawienia jednej informacji zawierających dane dotyczące braku karalności w odniesieniu do wszystkich przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp. Przyjęcie innego stanowiska oznaczałoby, że w celu wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie niekaralności członków organów Odwołującego wykonawcy biorący udział w Postępowaniach powinni z zamiarem dostarczenia Zamawiającemu kompletnych informacji składać kilka dokumentów pochodzących z różnych rejestrów. Wniosek ten nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu przepisu, który wymaga złożenia kompletnej informacji zawartej w jednym, odpowiednim dokumencie. W związku z powyższym, wobec możliwości zaistnienia sytuacji, w której dokument FBI na podstawie prowadzonego rejestru będzie zawierał informacje o niekaralności za przestępstwo oraz w związku z tym, że jednocześnie na szczeblu państwowym lub lokalnym inne rejestry mogą zawierać informacje o skazaniu za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp, wskazany przez Zamawiającego dokument *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* nie jest dokumentem wystarczającym do wykazania niekaralności członków organów Odwołującego, w związku z czym właściwym dokumentem w tym zakresie jest dokument zawierający oświadczenie osoby złożone przed notariuszem.

Przechodząc do wskazanych przez Zamawiającego rzekomych nieprawidłowości złożonych przed notariuszem oświadczeń J.E.F. oraz P.A.P. należy stwierdzić, że twierdzenia Zamawiającego są całkowicie bezpodstawne. Wymienione osoby precyzyjnie odwołały się w złożonym oświadczeniu do braku skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp. Klauzula zawarta w tłumaczeniu tego dokumentu zawiera stwierdzenie odnoszące się do osobistego stawiennictwa osób składających oświadczenie, data widniejąca na oświadczeniu osoby oraz data znajdująca się przy podpisie notariusza wskazują na dzień 1 września 2018 r., co jednoznacznie pozwala na stwierdzenie zachowania tożsamości miejsca i czasu złożenia tego oświadczenia. Zamawiający nie znając obowiązującego w Stanach Zjednoczonych prawa o notariacie oraz zasad działalności notariuszy, w tym przyjmowania oświadczeń bezpodstawnie wysuwa wnioski odnośnie niezgodności zachowania wymagań określonych w Rozporządzeniu, które jednoznacznie wskazuje jedynie na obowiązek „złożenia oświadczenia przed notariuszem”, bez sprecyzowania wobec różnic w prawie państw obcych, w jaki sposób złożenie tego oświadczenia ma nastąpić oraz tego jaką klauzulę notariusz powinien na dokumencie zamieścić. Porównywanie wymagań obowiązujących w polskiej ustawie regulującej obowiązki notariuszy nie jest miarodajne wobec stwierdzania prawidłowości lub nieprawidłowości czynności wykonywanych przez notariuszy działających w oparciu o inne niż obowiązujące w Polsce akty prawne.

Podsumowując powyższe, wobec prawidłowości oświadczeń złożonych przed notariuszem w zakresie braku skazania za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp Odwołujący w zakresie dotyczącym J.E.F. i P.A.P. wykazał brak podstaw wykluczenia z Postępowania.

Odwołujący podał następnie, że Zamawiający w informacji stanowiącej fragment uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania w odniesieniu do braku wykazania niekaralności A.J.T., powołując się na wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2015 r., KIO 2589/15, stwierdził, że dokument *Basic Disclosure Certificate* jest właściwy w zakresie wykazania niekaralności osoby mającej miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii. Twierdzenia odnośnie tego, że złożony przez Odwołującego *Police Certificate (UK)* nie jest dokumentem wskazanym w rozporządzeniu są całkowicie bezpodstawne, a okoliczność ta nie została przez Zamawiającego w żadnym stopniu zweryfikowana pomimo tego, że certyfikat ten potwierdza niekaralność w odniesieniu do wszystkich przestępstw stanowiąc informację z odpowiedniego rejestru, o której mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Odwołujący, będąc zobowiązanym do przedstawienia informacji z odpowiedniego rejestru potwierdzającej niekaralność członka organu mającego miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii, wystąpił do brytyjskiej policji o wydanie certyfikatu zawierającego niezbędne informacje. W odpowiedzi na przesłane zapytanie brytyjska policja wraz z listem datowanym na dzień 28 sierpnia 2018 r. przekazała certyfikat w odniesieniu do osoby, której dotyczyło zapytanie. W certyfikacie została zawarta informacja *no trace*. Certyfikat został podpisany, a zawarta w stopce informacja „ACRO Criminal Record Office” jednoznacznie wskazuje na fakt, iż jest to informacja pochodząca z rejestru. W liście skierowanym do osoby występującej z zapytaniem odnoszącym się do niekaralności zawarta została informacja *no trace – you don't have any convictions, cautions, final warnings or reprimands*, co jednoznacznie oznacza brak jakiegokolwiek historii kryminalnej, w tym wyroków skazujących. Z uwagi na zawarty w Rozporządzeniu wymóg złożenia informacji z odpowiedniego rejestru list ten, stanowiący korespondencję pomiędzy osobą zainteresowaną uzyskaniem informacji a brytyjską policją, nie został złożony Zamawiającemu. Złożona wraz z tłumaczeniem informacja pochodząca z odpowiedniego rejestru, zawierająca sformułowanie *no trace*, oraz informacja odnośnie źródła pochodzenia informacji o niekaralności stanowiły wystarczające podstawy do stwierdzenia, iż przedłożony dokument jest dokumentem odpowiednim w zakresie wykazania niekaralności A.J.T.

Informacje potwierdzające prawidłowość przedstawionego dokumentu w odniesieniu do wykazania niekaralności za jakiegokolwiek przestępstwo znajdują potwierdzenie w ogólnodostępnych informacjach dotyczących rejestrów karnych w Wielkiej Brytanii:

1. <http://ecris.eu/criminal-record-uk/>

Na stronie internetowej portalu Europejskiego systemu przekazywania informacji z rejestrów karnych, utworzonego w celu udoskonalenia wymiany informacji pochodzących z rejestrów karnych na szczeblu europejskim, przedstawione zostały źródła rejestrów karnych w Wielkiej Brytanii. Z tabelarycznego zestawienia dotyczącego źródeł tych informacji wynika, że informacje zawarte w certyfikacie *Basic Disclosure* oraz certyfikacie policji ACRO, a także innych certyfikatach pokrywają się, ponieważ pochodzą z tego samego źródła, tj. krajowego komputera policji prowadzonego przez Biuro Śledcze ACRO. W certyfikacie ACRO ujawniane są wszystkie wyroki skazujące;

2. [https://e-justice.europa.eu/content/criminal\\_records-95-uk-pl.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content/criminal_records-95-uk-pl.do?member=1)

Na stronie internetowej europejskiego portalu e-sprawiedliwość jako właściwy organ do wydawania rejestrów karnych wskazuje się Centralny Organ Zjednoczonego Królestwa ds. Wymiany Informacji z Rejestrów Karnych (*UK Central Authority for Exchange of Criminal Records*). Zarówno adres skrytki pocztowej oraz adres e-mail jednoznacznie wskazują ACRO jako źródło uzyskiwania informacji dotyczącej historii kryminalnej;

3. <https://www.acro.police.uk/uploadedFiles/ICPC%20Postcard%20v2%20Polish.pdf>

Na stronie internetowej brytyjskiej policji zamieszczono informację, zgodnie z którą ACRO – *Association of Chief Police Officers Criminal Records Office* jest Biurem Rejestru Skazanych Stowarzyszenia Komendantów Policji w Wielkiej Brytanii.

Zestawienie wszystkich powyższych informacji jednoznacznie wskazuje, że w zakresie uzyskania informacji pochodzącej z rejestru skazanych brytyjska policja posługując się rejestrem ACRO jest instytucją właściwą do wydawania informacji stanowiącej potwierdzenie niekaralności osoby mającej miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii. Informacje te dowodzą również tego, że dane zawarte w certyfikatach dotyczących historii kryminalnej pochodzą z tych samych źródeł, a więc to, co zostałoby wskazane w uznanym przez Zamawiającego dokumencie *Basic Disclosure* znajduje potwierdzenie w takim samym zakresie w certyfikacie wydawanym przez brytyjską policję (ACRO), złożonym przez Odwołującego w Postępowaniu. Powyższe informacje oraz fakt otrzymania listu zawierającego wyjaśnienie definicji sformułowania *no trace* jako braku skazania za jakiegokolwiek przestępstwo bezsprzecznie dowodzi, że przedstawiony w pierwotnym terminie wymaganym przez Zamawiającego certyfikat odnoszący się do A.J.T. stanowi informację z odpowiedniego rejestru w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp, będąc tym samym dokumentem zgodnym z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. W związku z powyższym Odwołujący wykazując niekaralność osoby będącej urzędującym członkiem organu potwierdził brak podstaw wykluczenia w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Z ostrożności procesowej w zakresie nieuwzględnienia argumentów przedstawionych w powyższym uzasadnieniu w zakresie certyfikatu brytyjskiej policji, jako właściwego do wykazania niekaralności podkreślenia wymaga, że oświadczenie A.J.T. złożone przed notariuszem jest oświadczeniem zgodnym z § 8 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia.

Zamawiający kwestionując prawidłowość dokumentu zawierającego oświadczenie wskazał wyłącznie na rzekomą nieprawidłowość w zakresie dotyczącym potwierdzenia autentyczności podpisu, uznając złożony dokument za nieprawidłowy. Należy ponownie podkreślić to, co zostało wskazane powyżej w odniesieniu do dokumentów zawierających oświadczenie złożone przed notariuszem przez osoby zamieszkałe w Stanach Zjednoczonych, że Rozporządzenie wskazuje jedynie na obowiązek „złożenia oświadczenia przed notariuszem”, bez sprecyzowania wobec różnic w prawie państw obcych, w jaki sposób złożenie tego oświadczenia ma nastąpić oraz tego jaką klauzulę notariusz powinien na dokumencie zamieścić. Orzecznictwo KIO potwierdza, że oświadczenie zawierające potwierdzenie przez notariusza podpisu jest dokumentem zgodnym z § 8 ust. 1 zdanie drugie Rozporządzenia, tj. oświadczeniem złożonym przed notariuszem.

### **III. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 5 września 2018 r. ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że według wstępnego rozeznania w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii oraz Holandii wydaje się urzędowe dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Zamawiający nie wskazał przyczyn, dla których uznał złożone przez Odwołującego dokumenty za niezgodne z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu oraz nie wymienił dokumentów, które Odwołujący zobowiązany był przedstawić.

W związku z powyższym Odwołujący, będąc zobowiązanym do złożenia nieokreślonych przez Zamawiającego dokumentów oraz pozbawiony informacji o podstawach, dla których dokumenty złożone w pierwotnym terminie zostały

uznane za nieprawidłowe, nie posiadał informacji odnośnie tego, jakie dokumenty zostaną przez Zamawiającego uznane za właściwe w celu wykazania niekaralności członków zarządu i rady nadzorczej w odniesieniu do przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp. Powyższe oznacza, że skierowane przez Zamawiającego wezwanie było nieprecyzyjne, niepełne oraz pozbawione istotnych dla Odwołującego informacji dotyczących oczekiwań Zamawiającego względem dokumentów, które zobowiązany był dostarczyć.

Ponadto należy wskazać, że Odwołujący dwukrotnie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów, informując Zamawiającego w przedmiocie procesu pozyskiwania dokumentów oraz ich rodzaju. Zamawiający oba wnioski pozostawił bez rozpoznania. W orzecznictwie Izby podkreśla się, że w odniesieniu do niedokładnego i nieprecyzyjnego wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie znajduje zastosowania, a wezwanie takie (kompletne i precyzyjne) powinno zostać skierowane do wykonawcy ponownie.

Zaniechanie Zamawiającego polegające na braku zamieszczenia w wezwaniu przyczyn nieprawidłowości dokumentów oraz wskazania dokumentów, jakie Zamawiający uzna za właściwe doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący pozbawiony istotnych z punktu widzenia uczestnika Postępowania informacji składał dokumenty bez dostatecznej pewności, że te złożone w wyniku odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający uzna za właściwe.

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 10 września 2018 r., tj. w dniu w którym Odwołujący złożył dokumenty w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie wykluczył Odwołującego z Postępowania, co doprowadziło Odwołującego do wniosku, że wykazał brak podstaw wykluczenia, a złożone dokumenty Zamawiający uznał za prawidłowe, zgodne z Rozporządzeniem. Podkreślenia wymaga, że pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został w terminie przysługującym Odwołującemu na wniesienie odwołania od czynności art. 26 ust. 3 Pzp, uniemożliwił więc Odwołującemu zaskarżenie tej czynności, bowiem wobec braku wykluczenia Odwołującego z Postępowania w dniu 10 września 2018 r. zarzut ten zostałby przez Izbę uznany za bezprzedmiotowy.

Tym samym, w związku z wykluczeniem Odwołującego z Postępowania po wydaniu wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 1890/18 w przypadku uznania, że złożone w Postępowaniu dotyczące niekaralności osób dokumenty, o których mowa w uzasadnieniu zarzutu II są dokumentami nieodpowiadającymi wymaganiom określonym w Rozporządzeniu, Zamawiający przeprowadzając Postępowanie w sposób przejrzysty jest zobowiązany do ponownego wezwania Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, wskazując przyczyny, na podstawie których stwierdził ich wadliwość oraz precyzyjnie określając, jakie dokumenty dotyczące członków organów mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej Odwołujący powinien złożyć w celu wykazania braku podstaw wykluczenia.

#### **IV.Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp**

Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez uwzględnienie jako właściwego dokumentu przedłożonego w celu potwierdzenia przez oferowany oczyszczacz powietrza spełnienia normy PN-EN 60335-1:2012 pomimo tego, że dokument ten, jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu I, jest ewidentnie dokumentem nieprawidłowym – nie potwierdza spełnienia przez urządzenie wraz z dedykowanymi do niego elementami montażowymi spełnienia wymagań bezpieczeństwa określonych w SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie przedstawiając następującą argumentację.

#### **I.Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy EC**

Odwołujący zarzuca, że dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, będące konsekwencją wyraźnego nakazu Izby, nie jest właściwy i nie mógł istnieć w dacie jego wydania. Podobnie jak w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie przedstawia żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, poprzestając na formułowaniu jedynie wątpliwości i przypuszczeń. Pozbawiony jednak możliwości merytorycznego zakwestionowania dokumentu zmuszony jest kwestionować jego wiarygodność. Podobna praktyka, zastosowana już w uprzednim postępowaniu odwoławczym, została słusznie uznana przez Izbę za nieprawidłową. Zamawiający przypomniał, że z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 j.t. ze zm.) wynika obowiązek powołania dowodów na poparcie podnoszonych twierdzeń już w odwołaniu. Formalny brak prekluzji dowodowej nie stanowi żadnej przeszkody dla egzekwowania wymogu rzetelności formułowania treści odwołania, z uwzględnieniem wymagań obowiązujących przepisów. Nie wypełnienie tych wymogów powinno podlegać ocenie Izby, zwłaszcza w ewentualnym aspekcie ograniczania jednoznacznego prawa Zamawiającego do uznania odwołania za zasadne (bez ponoszenia kosztów

postępowania odwoławczego), na wypadek rzeczywistego zidentyfikowania przez Odwołującego błędu zaistniałego w procedowaniu. Granica swobody Odwołującego w przytaczaniu dowodów po terminie uprawniającym do złożenia odwołania, pozostaje wyraźne ustawowe uprawnienie Zamawiającego do uznania zarzutów, zwłaszcza zaś uznania ich w całości, stosownie do art. 186 ust. 2 Pzp. Taki postulat dyscyplinowania warsztatu pracy i narzędzi stosowanych przez Odwołującego wynika także z samej natury postępowania odwoławczego, które ma charakter kontradyktoryjny, a nie reklamacyjny. W tych okolicznościach trudno uznać zarzuty związane z bepodstawnym odstępniem od wykluczenia Wykonawcy EC z Postępowania za wykazane jakimikolwiek dowodami.

Warto w tym kontekście przypomnieć, że złożona Zamawiającemu deklaracja zgodności z 23 lipca 2018 r. nie była dokumentem, którego przedstawienia domagał się w toku Postępowania z własnej inicjatywy. Przeciwnie – Zamawiający przedstawiał w toku poprzedniego postępowania odwoławczego (KIO 1890/18) argumentację wskazującą na brak potrzeby składania odrębnej deklaracji zgodności dla oferowanego urządzenia wraz z dedykowanym uchwytem montażowym. Konieczność przedstawienia tego konkretnego dokumentu pojawiła się dopiero później, jako rezultat rozstrzygnięcia przez Izbę odwołania w tamtej sprawie. Z uwagi na fakt, że nie było wówczas możliwości poznania stanowiska Wykonawcy EC z uwagi na odmowę dopuszczenia go do udziału w postępowaniu odwoławczym, trudno obecnie domniemywać (zarówno Zamawiającemu, jak i Odwołującemu) jakie dokumenty posiadał Wykonawca EC i dlaczego składał takie a nie inne dokumenty w toku postępowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający ich nie wymagał. Dodatkowo należy zauważyć, że powoływane przez Odwołującego stanowisko Wykonawcy EC z 1 października 2018 r. dotyczące poprzedniego odwołania, w żaden sposób nie wyklucza możliwości istnienia w dniu 23 lipca 2018 r. deklaracji o przywoływanej treści. Co więcej, Wykonawca EC konsekwentnie potwierdza, że urządzenie spełnia wymogi wynikające z normy EN 60335-1:2012.

Trudno też racjonalnie czynić zarzut Wykonawcy EC, że tłumaczenie krótkiego technicznego i proceduralnego dokumentu jakim jest deklaracja zgodności, sporządzone 24 października 2018 r. (a zatem już po wydaniu orzeczenia przez Izbę), posługuje się słownictwem kojarzącym się Odwołującemu z treścią orzeczenia Izby. Jest przecież oczywistym faktem, że orzeczenie Izby oraz same deklaracje zgodności posługują się sformatowanymi i powtarzalnymi frazami o charakterze normatywnym, odwołującymi się do przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2017 r, poz. 1398 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”.

Nieracjonalny jest też zarzut jakoby nie było możliwym zaprojektowanie, zbadanie i certyfikowanie prostego uchwyty montażowego w tygodniowym terminie, zwłaszcza w kraju takim jak Chiny, o zupełnie innej – niż USA i Unia Europejska – kulturze biznesowej. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu czy argumentu, który przeczyłby możliwości wydania przedmiotowej deklaracji zgodności w terminach wynikających z chronologii dokumentów przedstawionych w Postępowaniu. Sam Zamawiający również nie zidentyfikował przepisów i okoliczności, które by to uniemożliwiały.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Izba na podstawie wyjaśnień z dnia 15 sierpnia 2018 r. ustaliła jedynie, że „produkcja tych uchwytów będzie dopiero przedmiotem projektowania i wykonania przez podmiot trzeci” w dacie 16 lipca 2018 r. (data dokumentu Wykonawcy C). Izba przywołała zatem jedynie dowód potwierdzający, że oferowany oczyszczacz może być montowany na ścianie, ponieważ wykonawca zadbał o odpowiedni uchwyt montażowy, czego dowodem był przedstawiony Zamawiającemu w ówczesnym postępowaniu odwoławczym projekt uchwytu. Zatem zestawienie ww. dokumentu z przedstawioną deklaracją zgodności nie przeczy bynajmniej możliwości wydania takiej deklaracji w dniu 23 lipca 2018 r. Ponadto podkreślić należy, że w treści dokumentu wystawionego 16 lipca 2018 r. przez Wykonawcę C widnieje także stwierdzenie, że „projekt uchwytu został wykonany”. Dodatkowo stwierdzono tam, że prace projektowe realizowane są w cenie wykonania uchwytów, co potwierdza znikomą pracochłonność samego projektowania takiego typu urządzenia. Był to zatem dowód potwierdzający jedynie to, że oczyszczacz może być montowany na ścianie, a nie zaś dowód, że projekt uchwytu i sam uchwyt nie mogły istnieć odpowiednio wcześniej tak, aby móc wystawić ww. deklarację zgodności w dniu 23 lipca 2018 r.

W oparciu o ten błędny argument (jakoby uchwyty z pewnością nie istniały, co rzekomo miałyby potwierdzić Izba) Odwołujący ponownie posuwa się do konstruowania subiektywnych domniemań, jakoby „deklaracja zgodności została wydana po przeprowadzeniu badania urządzenia z zastosowaniem innych uchwytów montażowych niż te, które stanowiły ofertę ABC COLOREX sp. z o.o.”, albo „EUROCENT RUM POLSKA Sp. z o.o. działając w celu uniknięcia odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ zlecił producentowi wystawienie deklaracji zgodności pomimo braku przeprowadzenia badania urządzenia zgodnie z nakazem sformułowanym w wyroku KIO 1890/18”.

Konkluzją nieskutecznego podważania wiarygodności dokumentu deklaracji powinno być zatem ustalenie, że

dokument ten jest właściwy i spełniający wszystkie wymogi określone uprzednim orzeczeniem Izby.

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę, że po złożeniu kopii dokumentu deklaracji zgodność Wykonawca EC – mając w pamięci doświadczenia z poprzedniego odwołania – poinformował *via* e-mail, że dysponuje oryginałem przedmiotowej deklaracji zgodności z 23 lipca 2018 r.

## **II. Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego**

Zamawiający zaakcentował na wstępie, że zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania, niezależnie od przedstawionego w dalszej części merytorycznego stanowiska, podlega oddaleniu jako pozostający bez wpływu na wynik Postępowania.

Wykluczenie Odwołującego z powodu nie wykazania braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp było konieczne. W tej kwestii Zamawiający w całości podtrzymuje ustalenia przedstawione w piśmie z 26 października 2018 r. Wskazują one na brak sprostania wymogowi wykazania, że „urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta” nie skazano prawomocnie „za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13” Pzp. Niedostatki wykazania braku podstaw wykluczenia dotyczyły zresztą nie pojedynczej osoby, ale kilku członków władz spółki. Odwołujący pominął przy tym całkowicie okoliczność, że posługiwał się (uzupełniając dokumenty na wezwanie) właściwymi dokumentami, jednak bez zachowania formy i czasu ich złożenia wymaganej – na tożsamy sposób – od obydwu wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Ostatecznie Odwołujący nie przedstawił jednak, nawet po upływie wyznaczonego terminu, wymaganych dokumentów we właściwej formie.

Odwołujący próbuje również przekonać Izbę, jakoby prawo stanowe USA, czy Zjednoczonego Królestwa nie rozróżniło złożenia oświadczenia przed notariuszem od potwierdzenia przez notariusza własnoręczności podpisu składanego przez stronę, jako dwóch różnych czynności notarialnych czemu należy stanowczo zaprzeczyć. Niezależnie od wszelkich różnic w systemach sądowych ww. krajów i Polski, wszystkie one opierają się na prawie rzymskim i tego rodzaju oczywiste różnice (z oczywiście różnymi konsekwencjami prawnymi) potrafią uchwycić. Znamienne jest przy tym, że Odwołujący nie wskazuje bynajmniej na jakąkolwiek podstawę prawną w przepisach ww. państw, która miałaby potwierdzać brak rozróżnienia tych czynności.

Tymczasem, prawo stanowe USA rozróżnia różne typy aktów notarialnych (porównaj *Chapter 4 – Types of notarial acts* w *Idaho Notary Public Handbook*):

„[...]”

*Below are some of the legally authorized notarial acts that can be performed in Idaho:*

- *Taking acknowledgments,*
- *Witnessing signatures,*
- *Verification upon oath or affirmation (Jurat),*
- *Administering oaths,*
- *Certifying copies of a record*

[...]”.

*Witnessing signatures* oznacza poświadczanie podpisów, zaś *Verification upon oath or affirmation (Jurat)* oznacza weryfikację pod przysięgą lub przyrzeczeniem, a *Certifying copies of a record* oznacza potwierdzanie kopii.

Podobne rozróżnienie – jak wynika choćby z ogólnodostępnych informacji podanych na stronie [https://en.wikipedia.org/wiki/Notary\\_public#United\\_Kingdom](https://en.wikipedia.org/wiki/Notary_public#United_Kingdom) jest oczywiste dla wszystkich systemów prawnych, w tym także opartych o *Common law*. Na marginesie należy także zwrócić uwagę, że wartość dowodowa ww. informacji dostępnych w Internecie nie może być oceniana niżej niż wartość dowodowa artykułów prasowych i informacji internetowych przywoływanych w treści Odwołania.

W tych okolicznościach trudno uznać za właściwe złożenie dokumentów, które oświadczeniami złożonymi przed notariuszem być nie mogą, ponieważ zawierają jedynie notarialne poświadczenie własnoręczności podpisu (dot. J.E.F. i P.A.P.). Sam fakt, że notariusz zapoznał się z oświadczeniem woli, nie jest wystarczający, gdyż oprócz tej przesłanki musi wystąpić druga, tj. złożenie oświadczenia woli w jego obecności. Powołanie się zatem przez Odwołującego na możliwość wykazania braku podstaw wykluczenia przez rzekome złożenie właściwych oświadczeń należy uznać za chybłą.

Przypomnieć należy również, że składane przed notariuszem oświadczenie w przedmiocie braku wystąpienia przesłanek wykluczenia (którego zaistnieniu w stosunku do J.E.F. i P.A.P. Zamawiający zaprzeczył) stanowi wyjątek od zasady złożenia dokumentu urzędowego. Jako wyjątek od zasady należy zaś interpretować je ściśle. Składając zatem

zamienne oświadczenie, wykonawca powinien w pierwszej kolejności wykazać, że w jego kraju nie wydaje się dokumentu wskazanego w § 4 ust. 1 ww. Rozporządzenia. Inna wykładnia naruszałaby w sposób rażący zasadę równego traktowania wykonawców, dając wykonawcom zagranicznym szersze uprawnienia niż wykonawcom krajowym, dla których nie przewidziano możliwości złożenia oświadczenia.

Zamawiający wyjaśnił także, że użyte w wezwaniu sformułowanie „wstępne rozeznanie” wskazywało jedynie na dopuszczenie możliwości wykazywania tych okoliczności, które podnosi wykonawca aktualnie. Gdyby bowiem Odwołujący chciał zakwestionować treść (i zasadność) wezwania do uzupełnienia dokumentów, np. z uwagi na bezpodstawność żądania Zamawiającego, to był uprawniony do złożenia odwołania w terminie 10 dni od dnia wezwania, tj. 5 września br. Skoro tego nie uczynił – a w to miejsce podjął się złożenia dokumentów, odstępując od wykazania, że dotyczy go wyjątkowa sytuacja objęta dyspozycją przepisu ww. Rozporządzenia – to przedmiotowy zarzut jest spóźniony i podlega odrzuceniu. Co więcej, zaznaczyć należy, że to nie Zamawiający narzucił Odwołującemu sposób i rodzaj konkretnego urzędowego dokumentu. Uczynił to bowiem sam Odwołujący składając (w niewłaściwej formie) właściwe dokumenty, których złożenia Zamawiający oczekiwał, zgodnie ze znanym mu orzecznictwem KIO. Aktualne próby wskazywania, że wezwanie było nieprecyzyjne pozostają bezpodstawne. Precyzja wezwania polegała bowiem na odwołaniu się do treści dokładnie przywołanego paragrafu Rozporządzenia. Nie jest jednak rolą Zamawiającego uprzednie ustalanie dokumentów właściwych dla danego przypadku, i zastępowanie w tym zakresie profesjonalnej obsługi prawnej przedsiębiorcy, a jedynie badanie przedstawionych dokumentów. Przeciwnie działanie naruszałoby bowiem zasadę równego traktowania wykonawców.

Okoliczność, że Zamawiający pierwotnie nie skumulował kilku czynności, a podjął je dopiero na aktualnym etapie Postępowania nie może być przedmiotem żadnego skutecznego zarzutu ze strony Odwołującego.

Wobec przedstawionej powyżej argumentacji zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania nie może się ostać.

### **III. Zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców**

Nie jest również uzasadniony zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców „poprzez uwzględnienie jako właściwego dokumentu przedłożonego w celu potwierdzenia przez oferowany oczyszczacz powietrza spełnienia normy PN-EN 60335-1:2012 pomimo tego, że dokument ten, jak wskazano w uzasadnieniu dot. zarzutu I, jest ewidentnie dokumentem nieprawidłowym – nie potwierdza spełnienia przez urządzenie wraz z dedykowanymi do niego elementarni montażowymi spełnienia wymagań bezpieczeństwa określonych w SIWZ.. Co więcej, nie wykazano bynajmniej nieprawidłowości dokumentu, a jedynie bezpodstawnie zasugerowano nieprawdopodobieństwo jego istnienia, ewentualnie niemożliwość jego sporządzenia po zbadaniu rzeczywistego uchwytu dedykowanego dla oferowanego oczyszczacza. Zarzut ten jednak podlega oddaleniu z przyczyn wskazanych powyżej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca EC, wnosząc o oddalenie odwołania. Wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, Wykonawca EC (dalej również „Przystępujący”) został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie z 15 listopada 2018 r. Wykonawca EC przedstawił następującą argumentację mającą uzasadniać powyższy wniosek.

W kwestii zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Przystępujący zaznaczył, że mają one charakter czysto hipotetyczny. Opierają się wyłącznie na spekulacjach i domysłach Odwołującego oraz nie zostały poparte żadnymi dowodami potwierdzającymi słuszność formułowanych przez Odwołującego hipotez.

Wykonawca EC przypomniał, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO ciężar dowodu spoczywa zasadniczo na odwołującym, jako podmiocie inicjującym postępowanie odwoławcze (art. 190 ust. 1 Pzp). To odwołującego obciąża więc przede wszystkim ciężar wykazania, że decyzja zamawiającego była wadliwa. Samo oświadczenie strony o słuszności własnych twierdzeń nie jest wystarczające do uznania za skuteczne, ponieważ konieczne jest przedstawienie przekonujących, wyczerpujących i niebudzących wątpliwości dowodów na ich poparcie.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Odwołujący – bazując na niczym nie popartych oraz nie znajdujących podstaw w stanie faktycznym sprawy spekulacjach – nie sprostął wymogowi określonemu w art. 190 ust. 1 Pzp, w związku z czym już z samej tej przyczyny jego Odwołanie powinno zostać oddalone.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp opiera się *facto* na dwóch przesłankach:

1. Przystępujący do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 15 sierpnia 2018 r. dołączył ofertę Wykonawcy C z dnia 16 lipca 2018 r., w której stwierdzono, że dotyczy ona „projektu oraz produkcji 2000 sztuk uchwytów montażowych do ścian”;
2. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1890/18 utrzymywał, że urządzenie z zastosowaniem dodatkowych części montażowych nie wymaga przeprowadzenia badań ani dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów bezpieczeństwa wymaganych w SIWZ.

Łączne wystąpienie tych przesłanek ma w opinii Odwołującego świadczyć o tym, że na dzień 23 lipca 2018 r. (tj. na dzień wystawienia deklaracji zgodności przez Producenta O) oczyszczacz powietrza wraz z dodatkowymi uchwytami montażowymi nie został zweryfikowany pod kątem spełnienia normy bezpieczeństwa PN-EN 60335-1:2012 oraz nie posiadał deklaracji zgodności spełniającej wymagania określone w pkt 6 ppkt 6.3 SIWZ. Choć z powyższymi przesłankami, które stanowią podstawę wyводу Odwołującego nie sposób polemizować (mają one bowiem charakter faktyczny), to wniosek jaki wywodzi z nich Odwołujący jest całkowicie błędny.

W pierwszej kolejności nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby złożenie w dniu 16 lipca 2018 r. oferty przez Wykonawcę C uniemożliwiało przebadanie i wystawienie deklaracji zgodności do dnia 23 lipca 2018 r. Odwołujący pomija bowiem fakt, że już w samej ofercie stwierdzono, że „Projekt uchwytu został wykonany w odniesieniu do, pozostawionego w naszym biurze projektowym wzorcowego urządzenia: marki AirClinic Home & Office K07SE”. Wynika z tego, że projekt uchwytu istniał już przed dniem 16 lipca 2018 r., co w istotny sposób ogranicza czas potrzebny na jego produkcję.

Nadto, oferta z dnia 16 lipca 2018 r. dotyczy produkcji 2000 sztuk uchwytów montażowych, a więc produkcji na dużą skalę. W żaden sposób nie wyklucza to zatem możliwości wyprodukowania przez Wykonawcę C jednej lub nawet kilkunastu lub kilkudziesięciu sztuk uchwytów jeszcze przed zawarciem umowy z Przystępującym, wyłącznie na potrzeby przejścia procesu badania i wystawienia deklaracji zgodności przez producenta oczyszczacza w związku z toczącym się Postępowaniem.

Za bezpodstawne należy w tym kontekście uznać także twierdzenie Odwołującego, jakoby na to, że badanie nie zostało przeprowadzone najpóźniej w dniu 23 lipca 2018 r. miała wskazywać fraza zawarta w pkt 7 deklaracji zgodności, która jest podobna do stwierdzenia zawartego w wyroku KIO 1890/18 oraz w piśmie skierowanym do Przystępującego. Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż stwierdzenia te nie są identyczne, co zresztą zauważa w swym odwołaniu sam Odwołujący, a ponadto posługują się one terminologią o charakterze branżowym i prawnym, nawiązującą do Ustawy.

Odnosząc się z kolei do drugiej z ww. przesłanek, należy zauważyć, że stanowisko prezentowane przez Przystępującego na etapie Postępowania oraz na etapie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 1890/18 było zgodne z jego ówczesną optyką oraz zmierzało do obrony jego oferty. Zgodnie z tym stanowiskiem Zamawiający nie wymagał składania odrębnej deklaracji zgodności dla oferowanego urządzenia wraz z dedykowanym uchwytem montażowym. Takie samo stanowisko prezentował zresztą sam Zamawiający, na co zważyła Izba w swym wyroku. Potrzeba złożenia dodatkowej deklaracji zrodziła się dopiero w wyniku wydania przez Izbę wyroku o sygn. akt 1890/18, z czego Przystępujący się wywiązał składając deklarację zgodności z 23 lipca 2018 r. Niezłożenie owej deklaracji na wcześniejszym etapie wynikało więc jedynie z tego, że deklaracja taka nie była wtedy wymagana przez Zamawiającego. Okoliczność ta nie może jednak świadczyć o tym, że oczyszczacz wraz z uchwytem nie został przebadany oraz że taka deklaracja nie istniała w dniu 23 lipca 2018 r., jak próbuje twierdzić Odwołujący.

Nadto, Wykonawca EC zarówno na etapie Postępowania, jak i na etapie postępowania odwoławczego, konsekwentnie potwierdzał, że oferowany przez niego oczyszczacz spełnia wymagania wynikające z normy EN 60335-1:2012, co jednoznacznie potwierdza deklaracja zgodności z dnia 23 lipca 2018 r. złożona na wezwanie Zamawiającego w wykonaniu wyroku KIO 1890/18.

W kwestii wykluczenia Odwołującego z Postępowania Przystępujący podał, że dotyczy on 3 osób – członków organu zarządzającego i nadzorczego Odwołującego mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, w stosunku do których Zamawiający uznał, że Odwołujący nie przedstawił informacji lub dokumentów w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, spełniających wymagania określone w Rozporządzeniu. Osobami tymi są J.E.F. i P.A.P. (obaj zamieszkali w Stanach Zjednoczonych Ameryki) oraz A.J.T. (zamieszkały w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej).

Istota zarzutu stawianego przez Odwołującego sprowadza się to do tego, że w opinii Odwołującego:

1. właściwymi dokumentami potwierdzającymi brak karalności członków organów zarządzających i nadzorczych zamieszkałych w USA za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp są oświadczenia złożone przed notariuszem;

2. powinny one zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wykazania przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania.

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

Tym samym, nawet gdyby Zamawiający przy ocenie wykazania przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp mógł wziąć pod uwagę oświadczenia złożone przed notariuszem (z czym ze względów, o których mowa w dalszej części pisma Przystępujący się nie zgadza), to i tak musiałby on stwierdzić, że w odniesieniu do osób zamieszkałych na terenie USA przedstawienie takiego dokumentu stoi w sprzeczności z § 8 Rozporządzenia.

Podobnie stan rzeczy kształtuje się w odniesieniu do dokumentów mających potwierdzać brak karalności zamieszkałego w Wielkiej Brytanii A.J.T., dla którego Odwołujący przedstawił wydruk *ACRO Police Certificate (UK)* Z utrwalonego orzecznictwa KIO wynika bowiem, że w Wielkiej Brytanii dokumentem potwierdzającym niekaralność osoby fizycznej jest zaświadczenie wydawane przez instytucję *Disclosure Scotland lub Disclosure & Barring Service* będące odpowiednikiem wystawianej w Polsce informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Nadto, należy zwrócić uwagę, że podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do zaświadczeń o niekaralności dot. zamieszkujących w USA J.E.F. i P.A.P., również w przypadku mieszkającego w Wielkiej Brytanii A.J.T., Odwołujący zdecydował się na uzupełnienie złożonego pierwotnie zaświadczenia ACRO o oświadczenie o niekaralności złożone przed notariuszem. Działanie takie świadczy o tym, że Odwołujący zdawał sobie zapewne sprawę z tego, że zaświadczenie ACRO może nie być wystarczające, dlatego też postanowił dołączyć do niego dodatkowy dokument. Istotne jest jednak to, że oba te dokumenty nie są zaświadczeniami o niekaralności wydawanymi przez *Disclosure Scotland lub Disclosure & Barring Service* stanowiącymi odpowiednik polskiego KRK.

Odnosząc się z kolei do drugiej z powyższych kwestii (obowiązek uwzględnienia przez Zamawiającego oświadczeń notarialnych złożonych przez Odwołującego), należy zwrócić uwagę na sekwencję wezwań kierowanych kolejno przez Zamawiającego do Odwołującego oraz dokumentów przedstawianych w odpowiedzi na te wezwania przez Odwołującego:

1.21 sierpnia 2018 r. – wezwanie Zamawiającego do złożenia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w trybie art. 26 ust. 2f Pzp, w terminie do 3 września 2018 r.;

2.3 września 2018 r. – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił:

2.1.w odniesieniu do J.E.F. i P.A.P. – potwierdzony za zgodność z oryginałem wydruk raportu *Career Builder Employment Screening* z 29 sierpnia 2018 r., tj. komercyjne zastawienie sporządzane na potrzeby rekrutacji personelu;

2.2.w odniesieniu do A.J.T. – wydruk *Police Certificate (UK)* z 28 sierpnia 2018 r.;

3.4 września 2018 r. – Odwołujący, bez dodatkowego wezwania ze strony Zamawiającego, przekazał pocztą elektroniczną skany (wraz z tłumaczeniami) poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Odwołującego (poświadczenia także były kopiami odwzorowanymi w skanach) następujących dokumentów:

3.1.w odniesieniu do J.E.F. i P.A.P. – oświadczenia tych osób z 1 września 2018 r. zawierające zapewnienie, że osoby te potwierdziły, podpisały i opieczetowały przedłożone oświadczenia;

3.2.w odniesieniu do A.J.T. – oświadczenie z 31 sierpnia 2018 r. zawierające adnotację notariusza poświadczającą autentyczność podpisu tej osoby;

4.5 września 2018 r. – wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów dotyczących ww. osób, w terminie do 10 września 2018 r.;

5.10 września 2018 r. – Odwołujący przedłożył za pomocą posłańca kopie zawierające także odwzorowane (kopie) poświadczeń za zgodność z oryginałem następujących dokumentów (wraz z tłumaczeniami):

5.1.w odniesieniu do J.E.F. – *Identity History Summary US Department of Justice Federal Bureau of Investigation* z 6 września 2018 r. oraz wydruk

z 18th Judicial Circuit Court Clerk Dupage County Illinois z 7 września 2018 r.;

5.2.w odniesieniu do P.A.P. – *Identity History Summary US Department of Justice Federal Bureau of Investigation* z 6 września 2018 r. oraz zaświadczenie z Itasca Police Department z 7 września 2018 r.

Z powyższego zestawienia, zdaniem Wykonawcy EC, wynika zatem jednoznacznie, że oświadczenia notarialne złożone przez J.E.F., P.A.P. oraz A.J.T. w dniu 4 września 2018 r., zostały złożone przez Odwołującego, po pierwsze, po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie dokumentów (tj. 3 września 2018 r.), po drugie zaś, bez jakiegokolwiek wezwania do uzupełnienia dokumentów (które nastąpiło dopiero 5 września 2018 r.). Tym samym należy uznać, że oświadczenia te zostały złożone przez Odwołującego samodzielnie oraz nadmiarowo w stosunku do uprzednio złożonych dokumentów.

Nadto, Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak karalności ww. osób z dnia 5 września 2018 r., nie poinformował Zamawiającego, że dokumenty te zostały już przez niego wcześniej samodzielnie uzupełnione w postaci oświadczeń notarialnych. Zamiast tego, w dniu 10 września 2018 r. w odniesieniu do J.E.F. i P.A.P. przedstawił on natomiast całkowicie nowe dokumenty, tj. kopie zaświadczeń o niekaralności wystawione przez FBI.

Wobec powyższego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że intencją przedłożenia przez Odwołującego oświadczeń notarialnych w dniu 4 września 2018 r. było zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 września 2018 r. Takie działanie Zamawiającego stałoby zresztą w sprzeczności zarówno z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp, jak i z zasadą równego traktowania wykonawców ustanowioną w art. 7 ust. 1 Pzp. Akceptacja możliwości samouzupełniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń może bowiem prowadzić do prób wielokrotnego uzupełniania (na początku samodzielnie, a następnie na wezwanie zamawiającego) takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność. Co prawda, zdaniem Przystępującego, powinna istnieć możliwość złożenia przez wykonawcę dokumentów samodzielnie, bez wezwania, jednak składając dokument z własnej inicjatywy, wykonawca musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument może nie być dokumentem potwierdzającym brak podstaw do wykluczenia. Wynika to z tego, że zamawiający w wezwaniu określa, w jakim zakresie dokument jest błędny bądź brakujący, zaś wykonawca samodzielnie uzupełniający dokument może jedynie domniemywać, na czym polega wadliwość dokumentu. Brak wiedzy w tym zakresie nie może jednak być wykorzystywany przez wykonawcę, w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz.

W opinii Przystępującego powyższe przesądza więc o tym, że oświadczenia notarialne złożone przez wszystkie wspomniane powyżej osoby nie wywołują skutków prawnych i nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wykazania przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania.

Z drugiej strony, opisane powyżej działanie Odwołującego świadczy o tym, że Odwołujący zdawał sobie sprawę z tego, iż właściwymi dokumentami potwierdzającymi brak karalności za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 Pzp w odniesieniu do osób zamieszkających w USA mogą być jedynie zaświadczenia wydane przez FBI. Odwołujący przyznał to bowiem w piśmie pn. „Wniosek o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów” z dnia 6 września 2018 r., w którym stwierdził on, że „Wykonawca nie ma możliwości przyspieszenia postępowania w tym zakresie, gdyż wydanie odpowiednich zaświadczeń wiąże się z koniecznością przeprowadzenia odpowiedniej weryfikacji np. w USA organ właściwy FBI wymaga złożenia odcisków palców osoby, której dokument dotyczy”. Z tego samego powodu, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 września 2018 r. Odwołujący nie poinformował Zamawiającego, że dokumenty te zostały już przez niego samodzielnie uzupełnione 4 września 2018 r. w postaci oświadczeń notarialnych (zapewne postąpiłby tak, gdyby uważał oświadczenia notarialne za właściwe), lecz przedstawił nowe dokumenty (zaświadczenia z FBI).

Co istotne, powyższe działania i twierdzenia Odwołującego formułowane na etapie Postępowania stoją również w sprzeczności z jego stanowiskiem zaprezentowanym w odwołaniu.

Następnie Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawnie wykluczenie Odwołującego z Postępowania na skutek lakonicznych, nieprecyzyjnych i niezawierających informacji pozwalających na uzyskanie wiedzy w zakresie dotychczasowej oceny i wymagań dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarzut ten jest spóźniony. Zmierza on bowiem do zakwestionowania treści wezwania, które zostało przesłane do Odwołującego 5 września 2018 r. Skoro zatem Odwołujący miał zastrzeżenia co do jego treści to powinien był podjąć próbę jego doprecyzowania m.in. zwracając się w tym celu do Zamawiającego,

a w ostateczności podjąć stosowne środki ochrony prawnej w postaci odwołania do KIO. Odwołujący nie podjął jednak takich działań w stosownym czasie, dlatego też stawiany w tym kontekście zarzut należy uznać za spóźniony.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący, w dniu 4 września 2018 r., a więc dzień przed wezwaniem, podjął próbę samodzielnego i dobrowolnego uzupełnienia złożonych pierwotnie dokumentów. Odwołujący zdawał więc sobie zapewne sprawę z tego, że dokumenty te są nieprawidłowe oraz jaka jest przyczyna tej nieprawidłowości. Gdyby było inaczej, to z pewnością nie podejmowałby działań zmierzających do zastąpienia ich nowymi dokumentami.

Nadto, wezwanie skierowane do Odwołującego należy uznać za precyzyjne oraz zawierające wszelkie, istotne z punktu widzenia uczestnika Postępowania informacje. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił bowiem, które dokumenty nie mogą zostać przez niego zaakceptowane, wskazując przy tym podstawę prawną dla takiego stanowiska. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, uczestniczący w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinien zdawać sobie sprawę z tego, jakie dokumenty spełniają wymagania określone w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów. To na Odwołującym,

a nie na Zamawiającym powinien ciążyć obowiązek ustalenia desygnatów norm ustanowionych w tym Rozporządzeniu.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Odwołującego do Zamawiającego z 15 października 2018 r. wraz z załącznikiem w postaci pisma Burmistrza Miasta Czeladź do Wykonawcy EC z 8 października 2018 r. – na okoliczność braku możliwości przedstawienia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymogów SIWZ – dowód O1;
2. korespondencji poczty elektronicznej (bez daty) zawierającej fragment oświadczenia o niekaralności złożonego przez PAP przed notariuszem w języku angielskim wraz z przetłumaczonym komentarzem do tego oświadczenia i wydrukiem ze strony internetowej American Society of Notaries ([www.asnnotary.org](http://www.asnnotary.org)) – na okoliczność prawidłowości oświadczeń o niekaralności złożonych przed notariuszem przez PAP i JEF – dowody O2.

Wykonawca EC wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentu pn.: *Budowa i instrukcja użytkowania uchwytu K07SE* z 8 lipca 2018 r. wraz z tłumaczeniem na j. polski – na okoliczność wykonania uchwytu i poddania go wraz z oczyszczaczem procedurze oceny zgodności przez datą wystawienia kwestionowanej w odwołaniu deklaracji zgodności – dowód P1.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ;
2. oferty Przystępującego;
3. wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2f Pzp z 21 sierpnia 2018 r.;
4. pisma Odwołującego z 30 sierpnia 2018 r. z wnioskiem o przesunięcie terminu wykonania ww. wezwania;
5. wydruków z *Career Builder* z 29 sierpnia 2018 r. dotyczących J.E.F. i P.A.P. wraz z tłumaczeniami na j. polski;
6. Certyfikatu Policji (Zjednoczonego Królestwa) z 29 sierpnia 2018 r. dotyczącego A.J.T. wraz z tłumaczeniem na j. polski;
7. korespondencji poczty elektronicznej od Odwołującego do Zamawiającego z 4 września 2018 r. wraz z załącznikami – oświadczeniami o niekaralności złożonymi przed notariuszami przez A.J.T., P.A.P. i J.E.F., odpowiednio w dniach 31 sierpnia i 1 września 2018 r. (x2) wraz z tłumaczeniem na j. polski;
8. wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 5 września 2018 r.;
9. korespondencji poczty elektronicznej od Odwołującego do Zamawiającego z 6 września 2018 r. wraz z załącznikiem – pismem zawierającym wniosek o przesunięcie terminu

- wykonania ww. wezwania;
- 10.zaświadczenia z Departamentu Sprawiedliwości USA – Federalnego Biura Śledczego z 6 września 2018 r. dotyczącego P.A.P. z tłumaczeniem na j. polski;
  - 11.zaświadczenia z Departamentu Sprawiedliwości USA – Federalnego Biura Śledczego z 6 września 2018 r. dotyczącego J.E.F. z tłumaczeniem na j. polski;
  - 12.pisma z Wydziału Policji Itasca z 7 września 2018 r. dotyczącego P.A.P. z tłumaczeniem na j. polski;
  - 13.pisma z 18 Sądu Okręgowego – Kancelarii Sądu z 7 września 2018 r. dotyczącego J.E.F. z tłumaczeniem na j. polski;
  - 14.oferty Wykonawcy C z 16 lipca 2018 r.;
  - 15.pierwszego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – pisma Zamawiającego z dnia 10 września 2018 r.;
  - 16.wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp z 18 października 2018 r.;
  - 17.pisma Wykonawcy EC z 25 października 2018 r., stanowiącego odpowiedź na ww. wezwanie wraz z załącznikiem – deklaracją zgodności z 23 lipca 2018 r. z tłumaczeniem na j. polski;
  - 18.drugiego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – pisma z dnia 26 października 2018 r.;
  - 19.zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego – pisma z 26 października 2018 r.;
  - 20.dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1890/18, a to:
    - 20.1.protokołu posiedzenia i rozprawy;
    - 20.2.odwołania;
    - 20.3.odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie.

Rozstrzygając o zarzucie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i wykluczenia go z Postępowania skład orzekający wziął również pod uwagę rozstrzygnięcie Izby zawarte w wyroku z 8 października 2018 r., KIO 1890/18, oraz wnioski płynące z jego uzasadnienia.

#### **I.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp**

Ustalono, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć w ofercie (pkt 6.2 *in fine* SIWZ) m.in. dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań dla wyrobów wprowadzanych na rynek, tj. deklarację zgodności wydaną przez producenta, potwierdzającą zgodność oczyszczacza powietrza m.in. z normą PN-EN 60335-1:2012 (pkt 6.3 SIWZ).

W Postępowaniu ofertę złożyli Odwołujący i Przystępujący. 10 września 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy EC.

20 września 2018 r. powyższa czynność zaskarżona została przez Odwołującego, który, wskazując na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EC stanowiące naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, twierdził m.in., że Wykonawca EC zaoferował oczyszczacze powietrza nieposiadające deklaracji zgodności i oznakowania CE potwierdzających spełnienie wymagań dla wyrobów wprowadzanych na rynek oraz że nie przedstawił deklaracji producenta w zakresie zgodności produktów z normą PN-EN 60335-2-65:2004+A1:2208+A11:2012 (odwołanie z 20 września 2012 r., KIO 1890/18, str. 2 oraz 6-9).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w powyższym zakresie, stwierdził, że zaoferowany mu model oczyszczacza spełnia wszystkie stawiane w SIWZ wymogi, zaś dostosowanie oferowanego modelu do wymogów SIWZ przez dokonanie określonych modyfikacji nie stanowi o zaoferowaniu nowego modelu, którego nie dotyczyłyby przedstawione przez Wykonawcę EC dokumenty pochodzące od Producenta O (odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 1890/18 z 1 października 2018 r., str. 5-7).

Wykonawca EC nie przystąpił skutecznie do tego postępowania odwoławczego (protokół posiedzenia i rozprawy z 2 października 2018 r., KIO 1890/18, str. 2-4, wyrok z 8 października 2018 r., KIO 1890/18, str. 14).

W dniu 8 października 2018 r. Izba wydała wyrok uwzględniający odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w odniesieniu do podstawy faktycznej dotyczącej zaoferowania przez Wykonawcę EC oczyszczacza powietrza nieposiadającego deklaracji zgodności obejmującej urządzenie wraz z systemem mocowania i nie posiadającego w tym zakresie oznakowania CE potwierdzającego spełnienie wymagań dla wyrobów wprowadzanych na rynek. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórne wezwanie Wykonawcy EC do złożenia udokumentowanych wyjaśnień i uzupełnienia

dokumentów w zakresie spełnienia przez zaoferowane urządzenie wymagań wskazanych w normie PN-EN 60335-1:2012 w odniesieniu do systemu montażu ściennego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 1 sentencji wyroku KIO z 8 października 2018 r., KIO 1890/18, str. 1-2).

W uzasadnieniu orzeczenia Izba wskazała m.in., że deklaracja zgodności potwierdzająca spełnianie przez oferowany wyrób wymagania normy PN-EN 60335-1:2012 powinna obejmować gotowy oczyszczacz wraz z dedykowanym do niego uchwytem montażowym. Mając jednocześnie na względzie okoliczność, że Zamawiający nie żądał dotąd takiego dokumentu Izba uznała za zasadne wezwanie Wykonawcy EC do złożenia udokumentowanych wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w tej kwestii (szczegółowe wywody Izby zawarte są na str. 26-30 uzasadnienia wyroku z 8 października 2018 r.).

W wykonaniu przedmiotowego wyroku Zamawiający wezwał Wykonawcę EC, pismem z dnia 18 października 2018 r., w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania przez zaoferowane urządzenie wymagań wskazanych w normie PN-EN 60335-1:2012, w tym do przedstawienia deklaracji zgodności dotyczącej całego wyrobu – oczyszczacza powietrza wraz z dedykowanym uchwytem montażowym.

W odpowiedzi, za pismem z 25 października 2018 r., Wykonawca EC przekazał Zamawiającemu deklarację zgodności z 23 lipca 2018 r., w konsekwencji czego Zamawiający ponownie wybrał jego ofertę, która to czynność została zaskarżona odwołaniem

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że nie znajdują one potwierdzenia w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy.

Stanowisko Odwołującego w kwestii omawianych zarzutów oparte jest na błędnym wnioskowaniu z treści oferty Wykonawcy C. Odwołujący przekonywał, że biorąc pod uwagę datę wspomnianej oferty (16 lipca 2018 r.), jej przedmiot (wykonanie projektu oraz uchwytu montażowego) oraz datę wystawienia kwestionowanej deklaracji zgodności (23 lipca 2018 r.) uchwyt montażowy, który miał być poddany ocenie zgodności wraz z oczyszczaczem nie istniał w dacie wystawienia deklaracji, ponieważ zaledwie tydzień wcześniej Przystępujący otrzymał ofertę na jego zaprojektowanie i wykonanie. Wnikliwa lektura wzmiankowanej oferty prowadzi jednak do wniosku, że w dacie sporządzenia oferty projekt uchwytu był już wykonany, o czym świadczy sformułowanie „Projekt uchwytu został wykonany (...)”. Co więcej, przedstawiony na rozprawie dowód P1 potwierdza, że 8 lipca 2018 r., a zatem przed sporządzeniem przez Wykonawcę C omawianej oferty, istniał co najmniej projekt uchwytu, o ile nie jego prototyp, bowiem w dokumencie mowa jest o dokumentacji dotyczącej tego wyrobu (instrukcji montażu) oraz o jego testach. Zdaniem składu orzekającego nie można mówić o sposobie montowania, a już z pewnością o testowaniu jakiegokolwiek urządzenia przed wyprodukowaniem choćby jednego egzemplarza. Dodać należy, że złożenie przez Wykonawcę C oferty na wyprodukowanie uchwytów montażowych w ilości niezbędnej do wykonania zamówienia nie wyłącza, ani nie przeczy możliwości wyprodukowania pojedynczego uchwytu, bądź nawet kilku sztuk, przez samego producenta oczyszczacza. W tym kontekście ofertę Wykonawcy C należy oceniać wyłącznie pod kątem kosztów produkcji uchwytów, ponieważ – jak *nota bene* trafnie przypuszczał sam Odwołujący – kwestionowana deklaracja zgodności wydana została po przeprowadzeniu badania urządzenia z zastosowaniem innych uchwytów montażowych niż te, które stanowiły przedmiot oferty Wykonawcy C. *Ad casum*, przytoczone powyżej argumenty wskazują na Producenta O, jako podmiot, który zaprojektował i wykonał uchwyt poddany badaniu.

Konieczne jest również stwierdzenie, przyjmując przy tym najbardziej korzystne dla Odwołującego założenie o istnieniu w dniu 16 lipca 2018 r. jedynie projektu uchwytu, że Odwołujący nie dowiódł tezy o braku możliwości przebadania kompletnego urządzenia (tj. oczyszczacza wyposażonego w uchwyt montażowy, który należało uprzednio wyprodukować) w ciągu 7 dni (w okresie od 16 do 23 lipca 2018 r., kiedy to wystawiona została deklaracja zgodności dla tak rozumianego gotowego wyrobu). Izba ma przy tym świadomość praktycznych trudności w dowodzeniu okoliczności negatywnych (co dotyczy również stawianej przez Odwołującego tezy o antydatowaniu spornej deklaracji zgodności, tj. nie istnieniu dokumentu w dacie wskazanej w jego treści jako data sporządzenia), niemniej jednak nie stanowi to przesłanki zwalniającej Odwołującego, jako stronę, która wywodzi z takich okoliczności skutki prawne, z obowiązku instruowania postępowania odwoławczego. Za wyrokiem Sądu Najwyższego z 5 października 2011 r., sygn. akt IV CSK 664/10 powtórzyć należy, że „Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów z faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną.”. W tym kontekście możliwe (a z punktu widzenia Odwołującego – konieczne) było przedstawienie dowodów potwierdzających chociażby czas trwania procedury oceny zgodności urządzeń, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia i tym samym wykazanie, że w tak krótkim – zdaniem Odwołującego – czasie (7 dni) nie jest możliwe przeprowadzenie procedury oceny zgodności, przykładowo z uwagi na złożony charakter i dużą liczbę testów składających się na tą procedurę. Mając na względzie fakt, że Odwołujący przejawiał w tym zakresie bierną postawę w postępowaniu odwoławczym twierdzenia odwołania Izba oceniła

jako gołosłowne.

Kolejno, w zakresie argumentu dotyczącego zmiany przez Przystępującego poglądu na konieczność przedstawienia deklaracji zgodności obejmującej oczyszczacz i dedykowany uchwyt montażowy w odniesieniu do poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 1890/18) skład orzekający wskazuje, że z formalnego punktu widzenia Wykonawca EC nie zajął w nim żadnego stanowiska, jako że nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że gdyby Wykonawca EC został dopuszczony do udziału w poprzednim postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, to nie mógłby prezentować stanowiska odmiennego od strony, do której przystąpił, co wynika z przepisu art. 185 ust. 5 Pzp. W konsekwencji jedynym podmiotem, który na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego teoretycznie mógłby przedstawić sporną deklarację zgodności był sam Zamawiający (o ile dokument taki byłby w jego posiadaniu, a Izba w wyroku KIO 1890/18 stwierdziła przeciwnie, że Zamawiający nie żądał jego przedstawienia), co byłoby działaniem sprzecznym z prezentowanym przez niego wówczas stanowiskiem w przedmiocie wniesionego uprzednio odwołania.

W kontekście przedstawionych zapatrywań Izba uznała, że argument o daleko idącym podobieństwie sformułowań użytych w treści uzasadnienia wyroku Izby w sprawie KIO 1890/18 oraz kwestionowanej deklaracji zgodności nie stanowi *per se* wystarczającej podstawy do uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy EC i wykluczenia go z Postępowania.

Skład orzekający, z uwagi na treść art. 192 ust. 7 Pzp, nie rozpatrywał pozostałych twierdzeń Odwołującego odnoszących się do kwestionowanej deklaracji zgodności, a to dotyczących wystawcy dokumentu, czy braku obligatoryjnych (przewidzianych przywołanymi w pkt 6.3 SIWZ Dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady) elementów w jej treści, ponieważ nie stanowiły one przedmiotu żadnego z zarzutów postawionych w odwołaniu. Przypomnieć należy, że zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. W ramach podstawy faktycznej Odwołujący powołał się jedynie na okoliczność nieistnienia uchwytu montażowego w dacie wystawienia kwestionowanej deklaracji zgodności oraz antydatowania tego dokumentu i stwierdził, że wobec tego konieczne było odrzucenie oferty, wskazując za podstawę prawną, tj. na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że dodatkowe, wskazane na rozprawie okoliczności mające świadczyć o zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy EC wpisują się w przytoczoną w odwołaniu podstawę prawną, a to art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skład orzekający wskazuje na potrzebę ścisłej interpretacji zarzutów odwołania. Zwrócił na to uwagę m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 29 czerwca 2009 r., X Ga 110/09, stwierdzając, że „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej”. Ponadto, porównanie treści przedmiotowego odwołania z odwołaniem rozpoznanym pod sygn. akt KIO 1890/18 wskazuje, że Odwołujący miał świadomość jak należy skonstruować zarzut odwołania, aby był on przedmiotem rozpoznania Izby, wskazując wówczas, w ramach zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, na 6 podstaw faktycznych dla tego zarzutu (por. uzasadnienie wyroku Izby w sprawie KIO 1890/18, str. 24).

Izba uznała, że przedstawiony przez Odwołującego dowód O1 pozbawiony był znaczenia dla rozstrzygnięcia o omówionym zarzucie odwołania. Nie potwierdza on okoliczności, na którą został zawnioskowany (tj. braku możliwości przedstawienia przez Przystępującego dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowaną dostawę wymogów SIWZ), ponieważ dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, z pisma Odwołującego wynika, że w załączonym do niego piśmie Burmistrza Miasta Czeladź upatruje on innej niż wskazana w odwołaniu podstawy wykluczenia Wykonawcy EC z Postępowania (tj. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp), która nie była przedmiotem zarzutu ze strony Odwołującego.

W konsekwencji uznania przez skład orzekający, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przy ocenie oferty Wykonawcy EC, chybiony był również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ponieważ Izba nie dopatrzyła się przedstawienia w spornej deklaracji zgodności informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. *Ergo* wybór oferty Przystępującego nie naruszał również przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp.

## **II. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie – art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp**

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z pkt 5.2 SIWZ w Postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-23 Pzp. W pkt 7 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące zagranicznych dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, odpowiadające

treści przepisów § 7 i 8 Rozporządzenia.

Pismem z 21 sierpnia br., Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp, wezwał Odwołującego m.in. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 Pzp, w terminie do 3 września 2018 r.

W odpowiedzi, pismem z 30 sierpnia 2018 r., Odwołujący wniósł o wydłużenie wyznaczonego terminu do 17 września br., argumentując że członkowie zarządu (J.E.F. i P.A.P.) oraz rady nadzorczej (A.J.T.) Odwołującego mają miejsca zamieszkania poza terytorium RP (Stany Zjednoczone, Wielka Brytania). Odwołujący zaznaczył, że niezwłocznie po otrzymaniu wezwania podjął czynności związane z uzyskaniem wymaganych dokumentów, tym niemniej, z uwagi na towarzyszące temu czasochłonność i pracochłonność, wyznaczony mu termin może okazać się niewystarczający. Odwołujący nadmieniał, że w wyznaczonym terminie przedstawi Zamawiającemu informację o niekaralności z rejestru ACRO Policji Zjednoczonego Królestwa dotyczącą A.J.T.

Za pismem z 27 sierpnia 2018 r. (data wpływu do Zamawiającego – 3 września 2018 r.) Odwołujący przedstawił wydruki z *Career Builderz* 29 sierpnia 2018 r. (z tłumaczeniem), dotyczące J.E.F. i P.A.P. oraz *Police Certificate (UK)* z 28 sierpnia 2018 r. (z tłumaczeniem), dotyczący A.J.T.

Następnie, w załączeniu do korespondencji poczty elektronicznej z 4 września br., Odwołujący przesłał Zamawiającemu skany oświadczeń złożonych przez J.E.F., P.A.P. i A.J.T. przed notariuszami w dniach 1 września (J.E.F. i P.A.P.) i 31 sierpnia 2018 r. (A.J.T.).

5 września 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (niekaralność członków organu zarządzającego i nadzorczego), w odniesieniu do J.E.F., P.A.P. i A.J.T. Zamawiający zaznaczył, że „według wstępnego rozeznania (...) w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, Wielkiej Brytanii (...) wydaje się urzędowe dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia (w sprawie rodzajów dokumentów – przyp. Izby), co wykluczałoby możliwość skorzystania z dyspozycji ust. 3 tego paragrafu (złożenie oświadczenia przed notariuszem)”. Zamawiający dodał, że Odwołujący złożył wprawdzie, 3 września br., dokumenty dotyczące ww. osób, jednak nie są to dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia.

W konkluzji Zamawiający wskazał, że oczekuje informacji z odpowiednich rejestrów albo, w przypadku ich braku, innych równoważnych dokumentów wydanych przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju miejsca zamieszkania tych osób, w terminie do 10 września br.

Pismem z 6 września br. Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu do złożenia objętych wezwaniem dokumentów do 17 września br., argumentując jak w piśmie z 30 sierpnia 2018 r.

10 września 2018 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego kopie poświadczonych za zgodność z oryginałem następujących dokumentów (z tłumaczeniami):

- 1.dla J.E.F. – *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* z 6 września br. oraz pisma z 18 Sądu Okręgowego – Kancelarii Sądu z 7 września 2018 r.;
- 2.dla P.A.P. – *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* z 6 września br. oraz pisma z Wydziału Policji Itasca z 7 września 2018 r.

W konsekwencji Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania, o czym poinformował go pismem z 26 października br. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że dokumentami potwierdzającymi brak karalności członków organu zarządzającego i nadzorczego Odwołującego powinny być:

- 1.dla J.E.F. i P.A.P. – *Identity History Summary U.S. Department of Justice Federal Bureau of Investigations* które Odwołujący złożył w formie niezgodnej z przepisem § 14 ust. 2 Rozporządzenia i pkt 8.5 SMWZ;
- 2.dla A.J.T. – *Basic Disclosure Certificate*; Anglia, Walia, Szkocja, Irlandia Północna, wydawany przez Disclosure & Barring Service (DBS) Anglia, którego Odwołujący nie złożył.

Skład orzekający uznał, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp jest częściowo zasadny, bowiem złożony przez Odwołującego dokument w postaci Certyfikatu Policji (Zjednoczonego Królestwa) dotyczący A.J.T. spełnia wymagania dokumentu, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania są bezzasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii dokumentów potwierdzających niekaralność J.E.F. i P.A.P., mających miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych, Izba uznała, że sam Odwołujący, składając szereg

dokumentów urzędowych, a to zaświadczenia z FBI, sądu, czy z policji (przy czym, złożone one zostały w formie niezgodnej z § 14 ust. 2 Rozporządzenia, co zostało przez Odwołującego przyznane w toku rozprawy – *vide* protokół posiedzenia i rozprawy z 15 listopada 2018 r., str. 7, a stanowiło jeden z argumentów przywołanych w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu go z Postępowania, do którego Odwołujący nie odniósł się w ogóle w treści odwołania), potwierdził, że w odniesieniu do tych osób możliwe jest potwierdzenie ich niekaralności w sposób określony w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Następnie kwestionowanie w odwołaniu kompletności informacji wynikających z dokumentów wydawanych przez FBI nie mogło odnieść skutku, ponieważ Odwołujący nie wykazał, jakoby nie zawierały one informacji o karalności członków organów zarządzających i nadzorczych w zakresie określonym przepisami Pzp i Rozporządzenia.

Nawet gdyby przyjąć, że właściwymi dokumentami są w tym zakresie oświadczenia złożone przed notariuszem, należy zauważyć, że przedstawione one zostały Zamawiającemu nie tylko w formie niezgodnej z § 14 Rozporządzenia, ale także po upływie terminu,

tj. 4 września br. (termin upływał dzień wcześniej). Powyższe przesądza o nieskuteczności zarzutu nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z Postępowania, niezależnie od prowadzonego przez strony postępowania odwoławczego sporu o rodzaj dokumentu potwierdzającego niekaralność J.E.F. i P.A.P. oraz charakter czynności dokonanych przez te osoby przed notariuszami. W konsekwencji Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu O2 nie było niezbędne do rozstrzygnięcia o omawianych zarzutach.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut ewentualny, oparty na twierdzeniu o lakonicznym i nieprecyzyjnym charakterze wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zarzut ów jest spóźniony, ponieważ Odwołujący miał możliwość zakwestionowania treści wezwania w drodze środka ochrony prawnej po jego otrzymaniu, co miało miejsce 5 września br.

Zasadny okazał się natomiast zarzut braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z uwagi na nie wykazanie niekaralności A.J.T. W tym zakresie przedstawiono Zamawiającemu dokument, który – w ocenie składu orzekającego – spełnia wymogi określone w § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia. Zamawiający, poza kwestionowaniem przedstawionego mu w Postępowaniu oświadczenia złożonego przez ww. osobę przed notariuszem (które to *nota bene* Odwołujący złożył niepotrzebnie) i wskazywaniem na właściwy, w jego ocenie, dokument i organ go wydający (*Basic Disclosure Certificate*; Anglia, Walia, Szkocja, Irlandia Północna, wydawany przez Disclosure & Barring Service (DBS) Anglia), nie dostarczył Izbie rzeczowych argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że Certyfikat Policji (Zjednoczonego Królestwa) nie może stanowić właściwego, obok wskazywanego przez Zamawiającego, dokumentu potwierdzającego niekaralność. W szczególności Izba zwraca uwagę, że z informacji na wskazanej przez Odwołującego stronie internetowej [www.ecris.eu](http://www.ecris.eu) wynika, że wystawca zakwestionowanego przez Zamawiającego certyfikatu (ACRO Criminal Records Office) jest organizacją zapewniającą informacje m.in. Disclosure & Barring Service, czyli organowi będącemu wystawcą dokumentu uznawanego przez Zamawiającego za prawidłowy. Potwierdza to tezę Odwołującego o tym, że skoro informacje pochodzą z tego samego źródła, to muszą się pokrywać, zaś Zamawiający nie udowodnił, aby było inaczej. Powyższe nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Przy stwierdzonym tym wyrokiem braku podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy EC i wykluczenia go z Postępowania zarzut ten pozostawał bez wpływu na wynik Postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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.2018.972).

**Przewodniczący:.....**