Sygn. akt: KIO 727/17

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 kwietnia 2017 r.** przez wykonawcę **A. UK L. (…); reprezentowany przez pełnomocnika: adw. M. W. z kancelarii prawnej D. Z. P.; adres do doręczeń: (…)** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w K., (…)**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **A. UK L. (…); reprezentowany przez pełnomocnika: adw. M. W. z kancelarii prawnej D. Z. P.; adres do doręczeń: (…)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. UK L. (…); reprezentowany przez pełnomocnika: adw. M. W. z kancelarii prawnej D. Z. P.; adres do doręczeń: (…)** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **A. UK L. (…); reprezentowany przez pełnomocnika: adw. M. W. z kancelarii prawnej D. Z. P.; adres do doręczeń: (…)** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego im. Andrzeja Mielęckiego** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w K., (…)** kwotę **3 934 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złotych zero groszy) stanowiącą koszty

---

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłat od przedłożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 727/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawa leków 25”,* nr referencyjny postępowania ZP-16-131UN, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 244-445176 z 17.12.2016 r., przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w K., (…) zwany dalej: *„Zamawiającym”.*

W dniu 03.04.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp A. UK L. (…); reprezentowany przez pełnomocnika: adw. M. W. z kancelarii prawnej D. Z. P.;

---

adres do doręczeń: (…) zwanej dalej: *„A. UK L.”* albo *„Odwołującym”* do dostarczenia wskazanych

w wezwaniu dokumentów w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postepowaniu. Niniejsze wezwanie było de facto tożsame z wezwaniem 07.02.2017 r. zaskarżonym odwołaniem o sygn. akt: KIO 491/17 uwzględnionym w całości przez Zamawiającego pismem z 26.03.2017 r. Powyższe zostało potwierdzone postanowieniem KIO z 27.03.2017 r. o sygn. akt: KIO 491/17.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w zakresie części objętej odwołaniem – Pakiet 1 - ofertę złożył jedynie Odwołujący. Stąd informacja o wniesieniu odwołania nie została przekazana pozostałym wykonawcom. W konsekwencji nie miały miejsca zgłoszenia przystąpienia.

W dniu 12.04.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) A. UK L. wniosło odwołanie na w/w czynność z 03.04.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.04.2017 r. (faxem i e-mailem). Zarzucił naruszenie:
1. art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* poprzez ponowne, bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy czynność ta stoi w sprzeczności z żądaniem zawartym przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym w dniu 13.03.2017 r., w sprawie o sygn. KIO 497/11 („Odwołanie nr 1"), do którego to żądania Zamawiający jest zobowiązany się zastosować w związku z uwzględnieniem w dniu 26.03.2017 r. w całości zarzutów Odwołującego podniesionych w Odwołaniu nr 1, przez co w szczególności Zamawiający przyznał, iż przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 07.02.2017 r. („Wezwanie nr 1") dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania są prawidłowe, a w związku z czym nie jest uprawniony do ponownego wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tych samych okoliczności;
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 7 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp poprzez ponowne, bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na Wezwanie nr 1 są prawidłowe i potwierdzają brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania (co potwierdza jednoznacznie internetowe repozytorium zaświadczeń e-Certis) a dodatkowe dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

---

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 03.04.2017 r. polegającej na ponownym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Jak zostanie to wykazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania, po pierwsze, Zamawiający nie jest uprawniony do skierowania ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, których przedłożenia już żądał poprzez Wezwanie nr 1, a których prawidłowość następnie zakwestionował, biorąc pod uwagę, iż ostatecznie uwzględnił on w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego w Odwołaniu nr 1. Po drugie, dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na Wezwanie nr 1 są prawidłowe i potwierdzają brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. W odpowiedzi na wezwanie z 03.04.2017 r. Odwołujący nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego nowych dokumentów, gdyż wszelkie niezbędne dokumenty zostały już złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na Wezwanie nr 1. Z tego powodu, na obecnym etapie Odwołujący narażony jest na ryzyko poniesienia szkody w postaci zatrzymania wadium oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

1. Stan Faktyczny.

1.1. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia były produkty lecznicze szczegółowo opisane w zał. nr 1 do 3 do SIWZ.

1.2. Zgodnie z pkt *„Ustalenia ogólne dotyczące przedmiotu zamówienia "* (str. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ"),* Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych w zakresie wyszczególnionych zadań („Pakietów"). W tym sensie, zamówienie zostało podzielone na 3 części odpowiadające trzem pakietom.
1.3. Przedmiotem Pakietu 1 była dostawa produktu leczniczego o nazwie międzynarodowej O. w postaci kapsułek twardych (str. 16 SIWZ).
1.4. W przypadku złożenia przez wykonawcę oferty na Pakiet 1, Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 96.000.000 PLN.
1.5. Do upływu terminu składania ofert, w Pakiecie nr 1 złożona została tylko oferta Odwołującego.
1.6. W dniu 07.02.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia określonych w SIWZ, tj. do

przedłożenia (i) dokumentu potwierdzającego niekaralność Odwołującego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Pzp oraz ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz (ii) dokumentów potwierdzających odpowiednio, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (albo, że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności) oraz, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.
1.7. W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący przedłożył oświadczenie złożone dnia 10.01.2017 r. przed notariuszem potwierdzające niekaralność członków zarządu.
1.8. Ponadto, Odwołujący przedłożył również (i) oświadczenie własne z 10.01.2017 r. na potwierdzenie okoliczności, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (w tym samym oświadczeniu wykazano niekaralność członków zarządu) oraz (ii) zaświadczenie z 07.12.2016 r. wydane przez Kierownika Urzędu Rejestracji Spółek w Wlk. Brytanii na podstawie brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 r., z którego wynika, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji oraz nie ogłoszono upadłości.
1.9. W dniu 02.03.2017 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania, o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium, a także o częściowym unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu 1.
1.10. W treści przesłanej informacji wskazał, że „w *Wielkiej Brytanii działa kilka instytucji zajmujących się udostępnianiem zaświadczeń o niekaralności. Najlepiej znaną w Polsce jest* DBS, *która wystawia zaświadczenia o niekaralności również w związku z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei instytucją, która odpowiada w Wielkiej Brytanii za wystawianie zaświadczeń w pełni odpowiadających polskiemu KRK (tylko niezatarte wyroki) jest Disclosure Scotland. Oznacza to, iż obywatele Wielkiej Brytanii, starający się o uzyskanie zamówienia publicznego w Polsce, zobowiązani są do przedstawienia któregoś z wymienionych zaświadczeń".*
1.11. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a w konsekwencji zatrzymał wadium Odwołującemu oraz, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1, unieważnił postępowanie w zakresie Pakietu nr 1.
1.12. Jednocześnie, Zamawiający nie kwestionował dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie okoliczności, że nie zalega on z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne oraz, że nie otwarto wobec niego likwidacji oraz nie ogłoszono upadłości wskazanych w pkt 1.8 powyżej.

1.13. Odwołujący pismem z 08.03.2017 r. zwrócił się do Zamawiającego o unieważnienie, powyższych czynności, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania, zatrzymania złożonego przez niego wadium oraz unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu Nr 1.
1.14. W treści przesłanego pisma, Odwołujący wskazał przede wszystkim, iż zgodnie z art. 26 ust. 7 Pzp w brzmieniu po nowelizacji przepisów Pzp, która weszła w życie 28.07. 2016 r., Zamawiający jest zobowiązany do korzystania (w pierwszej kolejności) z informacji wskazanych w internetowej bazie e-Certis. Tymczasem, w bazie e-Certis zostało wprost

wskazane, iż oświadczenie własne (także złożone przed notariuszem) jest wystarczającym dokumentem potwierdzającym niekaralność dla takich wykonawców.
1.15. Ponadto, Odwołujący podniósł, iż do skutecznego i zgodnego z przepisami zatrzymania wadium, konieczne jest wykazanie, że nieprzedłożenie wymaganych dokumentów wynika z okoliczności obiektywnych. Ponadto, wykładnia celowościowa art. 46 ust. 4a Pzp, który to przepis Zamawiający wskazał jako podstawą zatrzymania wadium Odwołującemu, prowadzi wprost do wniosku, iż powinien on znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości potwierdzających istnienie zmowy przetargowej między wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
1.16. W odpowiedzi na pismo Odwołującego, Zamawiający w dniu 13.03.2017 r. wskazał, iż *„zgodnie z informacjami Komisji Europejskiej informacje zawarte na platformie eCertis nie są prawnie wiążące".*
1.17. Z kolei w odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego zatrzymania wadium Odwołującemu, Zamawiający podniósł, ze *„wykonawca może uchronić się przed zatrzymaniem jego wadium wyłącznie w przypadku; gdy udowodni, iż nie uzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie".*
1.18. Odwołujący w dniu 13.03.2017 r. wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania oraz zatrzymania wniesionego przez niego wadium, zarzucając tej czynności naruszenie:
a) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedstawił niezbędnych dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu Odwołującego i nie przedstawił zaświadczenia o nazwie *„Disclosure Scotland"* - podczas gdy, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 7 Pzp Zamawiający powinien (w odniesieniu do wykonawców z terenu Unii Europejskiej) korzystać z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymagać przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium -

a zgodnie z informacjami zawartymi w systemie e-Certis w stosunku do Odwołującego wystarczającym dokumentem było oświadczenie własne wykonawcy,
b) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, do którego doszło w konsekwencji powyższego, poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania w części, w której! jedyną ofertą była oferta złożona przez Odwołującego - podczas gdy, Zamawiający nie był uprawniony aby tę ofertę odrzucić i konsekwentnie powinien uznać tę ofertę jako najkorzystniejszą w postępowaniu,
c) art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 5 Kc oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez; bezzasadne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego w postępowaniu z uwagi na to, że Odwołujący nie przedstawił w ramach uzupełnienia wymaganego przez Zamawiającego dokumentu tj. zaświadczenia o nazwie „Disclosure Scotland" - podczas gdy, nawet jeżeli przyjąć (z czym Odwołujący się nie zgadza), że Zamawiający był uprawniony, aby na tej podstawie wykluczyć 2 Postępowania Odwołującego, to nie mógł jednocześnie zatrzymać wniesionego przez tego wykonawcę wadium.
1.19. Postępowaniu odwoławczemu zainicjowanemu wniesieniem Odwołania nr 1 została nadana sygn. akt: KIO 491/17.
1.20. Pismem z 26.03.2017 r., które wpłynęło do Izby w tym samym dniu, Zamawiający udzielił odpowiedzi na Odwołanie nr 1, oświadczając, że uwzględnia je w całości.
1.21. Postanowieniem z 27.03.2017 r., rozpoznając Odwołanie nr 1 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, Izba; umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. KIO 491/17, na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp.
1.22. W dniu 03.04.2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w SIWZ, tj. do przedłożenia (i) dokumentu potwierdzającego niekaralność Odwołującego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp oraz (ii) dokumentów potwierdzających odpowiednio, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (albo, że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności) oraz, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości („Wezwanie nr 2").
2. Zarzut dotyczący sprzeczności wezwania nr 2 z żądaniami odwołującego zawartymi

w odwołaniu nr 1, uwzględnionym przez zamawiającego w całości.
2.1 W pierwszej kolejności należy wyraźnie podkreślić, że Zamawiający uznał w całości zarzuty Odwołującego zawarte w Odwołaniu nr 1, co w efekcie doprowadziło do umorzenia przez Izbę postępowania o sygn. akt: KIO 491/17 w oparciu o art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp.
2.2 W dalszej części przywoływanego przepisu zostało wprost wskazane, że *„w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z* żądaniem *zawartym w odwołaniu".*

2.3 Innymi słowy, ustawodawca jasno przesądził, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, jest on zobowiązany do postąpienia (wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności) zgodnie z żądaniami odwołującego.
2.4 Powyższe znajduje odzwierciedlenie w bogatym orzecznictwie KIO. Przykładowo, warto wskazał na wyrok KIO z 21.04.2015 r., sygn. akt: KIO 675/15 oraz na wyrok KIO z 18.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1702/15).
2.5 Na marginesie, warto zauważyć, że w orzecznictwie KIO wskazuje się jedynie na dwie sytuacje, których zaistnienie zwalnia zamawiającego ze wskazanego powyżej obowiązku. Po pierwsze, zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania się do żądań odwołującego, gdy okażą się one niemożliwe do realizacji. Po drugie, uwzględnione nie mogą zostać również takie żądania odwołującego, które są sprzeczne z prawem.
2.6 Wskazane okoliczności stanowią jednak wypracowany w orzecznictwie katalog zamknięty, a przy tym, jako wyjątki, zgodnie z ogólnymi regułami wykładni, muszą być interpretowane ściśle. Oznacza to, że odstąpienie przez zamawiającego od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w uwzględnionym przez niego w całości odwołaniu, jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy zaistnieje któraś z powyższych przesłanek (wyrok KIO z 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11).
2.7 Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie, po pierwsze należy wyraźnie podkreślić, że nie wystąpiła żadna z Okoliczności wskazanych powyżej. Zamawiający był więc zobowiązany postąpić zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w Odwołaniu nr 1.
2.8 Odwołujący ponadto zaznacza, iż w Odwołaniu nr 1 wyraźnie kwestionował stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący nie przedstawił niezbędnych dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu Odwołującego. Można wręcz stwierdzić, iż polemika z tym błędnym przekonaniem wyrażanym przez Zamawiającego stanowiła zasadniczą, najważniejszą część Odwołania nr 1, gdyż to właśnie błędna interpretacją art. 26 ust. 7 Pzp przez Zamawiającego, doprowadziła do wykluczenia Odwołującego z postępowania, zatrzymania wniesionego przez niego wadium, a także do częściowego unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu 1.
2.9 Należy więc podkreślić, że skoro Zamawiający uznał w całości zarzuty zawarte w Odwołaniu nr 1, to w szczególności ostatecznie przychylił się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym oświadczenie własne wykonawcy jest wystarczające do potwierdzenia niekaralności członków jego zarządu, z uwagi na treść 26 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający powinien korzystać z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymagać przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium.

2.10 Z uwagi na powyższe, ponowne skierowanie przez Zamawiającego żądania, by Odwołujący przedstawił dokumenty na potwierdzenie niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 Pzp oraz ust 5 pkt 5 i 6 Pzp jest całkowicie bezzasadne. Odwołujący przedstawił już bowiem stosowne dokumenty w odpowiedzi na Wezwanie nr 1, co Zamawiający wprost przyznał uznając Odwołanie nr 1.
2.11 Podkreślił, że w przywoływanym wcześniej wyroku o sygn. akt: KIO 2270/11: *„zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu winien rozważyć także zasadność zgłoszonych* żądań *(...) O ile zamawiający nie miał zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach, nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, [co do]* żądań *których nie miał zamiaru uwzględniać".*

2.12 Warto również zaznaczyć, że powyższe orzeczenie KIO zapadło na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Obecne przepisy Pzp, w wyniku nowelizacji, która weszła w życie 28.07.2016 r., są w tym zakresie jeszcze bardziej precyzyjne. Zgodnie bowiem z art. 186 ust 4a Pzp, zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia jedynie części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wówczas, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.
2.13 Podkreślił, że Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości, choć nic nie stało temu na przeszkodzie. Zamawiający więc świadomie zdecydował się na uznanie wszystkich zarzutów podniesionych w Odwołaniu nr 1, w szczególności w zakresie dotyczącym dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu Odwołującego.
2.14 W celu oceny skutków podjęcia takiej decyzji przez Zamawiającego, sięgnął do wyroku KIO z 28.01.2015 r., sygn. akt: KIO 77/15. Podsumowując, również w zaistniałym stanie faktycznym, należy uznać, że ewentualną polemiką z argumentacją podniesioną przez Odwołującego w zakresie dokumentów potwierdzających niekaralność członków zarządu Odwołującego, Zamawiający winien był podjąć w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 491/17. Uznając zaś Odwołanie nr 1 w całości, Zamawiający przychylił sią do stanowiska Odwołującego w tej kwestii i potwierdził, że przedłożył on już wszystkie wymagane dokumenty w tym zakresie. W związku z powyższym, ponowne wezwanie ich dotyczące, należy uznać za niedopuszczalne.
2.15 Podkreślił, że analizowana problematyka ma istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku bowiem braku unieważnienia Wezwania nr 2, Zamawiający najpewniej ponownie zakwestionuje złożone przez Odwołującego dokumenty, co w rezultacie doprowadzi do ponownego wykluczenia Odwołującego z postępowania, zatrzymania jego wadium
i unieważnienia postępowania w zakresie Pakietu 1, od których to czynności Odwołujący ponownie będzie zmuszony raz jeszcze wnieść odwołanie.

2.16 Na marginesie, warto także zauważyć, iż Wezwanie nr 2 jest identyczne pod względem zakresu żądanych przez Zamawiającego dokumentów z Wezwaniem nr 1. W szczególności, Zamawiający ponownie wymaga przedłożenia dokumentów potwierdzających odpowiednio, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (albo, że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności) oraz, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, mimo iż, jak zostało wskazane, Zamawiający wcześniej nie kwestionował dokumentów, które przedłożył Odwołujący w odpowiedzi na Wezwanie nr 1.
2.17 Zarówno więc opisane powyżej działanie, jak i całokształt czynności podejmowanych przez Zamawiającego, należy ocenić jako mające na celu jedynie bezzasadne przedłużenie postępowania.
2.18 Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że skierowanie przez Zamawiającego Wezwania nr 2 jest niedopuszczalne w świetle art. 186 ust. 2, a w związku z tym, czynność ta winna zostać unieważniona.
3. Zarzut dotyczący bezzasadności wezwania nr 2 w świetle dokumentów przedłożonych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie nr 1
3.1 W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, iż w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną zarówno w piśmie z 08.03.2017 r., jak i w Odwołaniu nr 1.
3.2 Tym niemniej, dla zapewnienia przejrzystości niniejszego odwołania, Odwołujący najpierw przywoła wskazane powyżej uzasadnienie, a następnie odniesie się do poszczególnych twierdzeń zawartych w odpowiedzi Zamawiającego z 13.03.2017 r. Z uwagi bowiem na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w Odwołaniu nr 1, to właśnie pismo, jako jedyne, zawiera interpretację art. 26 ust. 7 Pzp przedstawioną przez Zamawiającego.
3.3 Zgodnie z zawiadomieniem o wykluczeniu wykonawcy z 27.02.2017 r. (pismo doręczone Odwołującemu w dniu 02.03.2017 r.) („Zawiadomienie") Zamawiający, wskutek uznania, że przedłożone przez Odwołującego w odpowiedzi na Wezwanie nr 1 dokumenty są nieprawidłowe, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczył Odwołującego z Postępowania.
3.4 Z treści Zawiadomienia wynikało, że Odwołujący rzekomo nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w związku z przedłożeniem (na wezwanie Zamawiającego) oświadczeń

złożonych przed notariuszem zamiast urzędowych zaświadczeń o niekaralności wystawianych na terenie Wielkiej Brytanii. Zamawiający powołując się na wskazane w Zawiadomieniu orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej uznał bowiem, że prawidłowym dokumentem potwierdzającym niekaralność zgodnie z warunkami SIWZ, dla obywateli Wielkiej Brytanii, jest *Disclosure Scotland.* Fakt, że Odwołujący nie przedłożył wskazanego

przez Zamawiającego zaświadczenia, zdaniem Zamawiającego, przesądza o tym, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia a zatem podlega on wykluczeniu z Postępowania.
3.5 Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający w swoim stanowisku zupełnie pomija bowiem bardzo istotną okoliczność prawną tj. przywoływaną powyżej nowelizację przepisów Pzp, która weszła w życie 28.07.2016 r. O powyższym świadczy fakt, że przywoływane przez Zamawiającego w treści Zawiadomienia orzecznictwo KIO (tj. wyrok z 22.01.2015 r., sygn. KIO 2821/14) dotyczy stanu prawnego sprzed wspomnianej powyżej nowelizacji.
3.6 Gdyby natomiast Zamawiający uwzględnił przy swoim rozstrzygnięciu wprowadzone do PZP zmiany, to powinien zastosować się do obowiązku nałożonego na niego nowo wprowadzonym art. 26 ust. 7 Pzp. Przepis ten dotyczy problematyki dokumentów przedkładanych przez wykonawców zagranicznych (takich jak Odwołujący) składanych w toku postępowania.
3.7 Zgodnie z treścią przywołanego przepisu *„zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim* [podkreślenie Odwołującego] *takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium/".*
3.8 Z powyżej przywołanego przepisu Pzp wynika zatem obowiązek korzystania przez Zamawiającego (w pierwszej kolejności) z informacji wskazanych w internetowej bazie e-Certis dostępnej na stronie internetowej prowadzonej przez Komisję Europejską pod adresem https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/ecertis/. Celem tej bazy jest wskazanie zamawiającym jakich dokumentów mogą żądać od wykonawców pochodzących z państw Unii Europejskiej. Co istotne, informacje w bazie e-Certis zamieszczają same zainteresowane państwa członkowskie jako najlepiej do tego przygotowane.
3.9 W tym miejscu należy wskazać, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE Rady i Parlamentu Europejskiego z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE z 2014 r., seria L 94, str. 65), których implementację do polskiego porządku prawnego stanowi nowelizacja PZP z dnia 22 czerwca 2016 r., zezwalały państwom członkowskim na odroczenie obowiązku odnoszenia się do bazy e-Certis aż do 18.10.2018 r. (art. 90 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE) Polski ustawodawca zdecydował jednak o jej wykorzystaniu już od wejścia w życie wspomnianej nowelizacji, tj. 28.07.2016 r.
3.10 W związku z powyższym, należy zaznaczyć, że zawarte w piśmie Zamawiającego z 13.03.2017 r, twierdzenie, iż *„informacje zawarte na platformie eCertis nie są prawnie wiążące",* jest zupełnie bezpodstawne. Jak bowiem zostało wskazane powyżej, art. 26 ust. 7

Pzp nakłada na Zamawiającego bezwzględny obowiązek (a nie uprawnienie) korzystania z bazy e-Certis.
3.11 Szczególne zdziwienie może budzić fakt powołania się przez Zamawiającego na regulacje 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). („Rozporządzenie"). Nawet gdyby bowiem uznać, że między Pzp a Rozporządzeniem zachodzi sprzeczność (choć zdaniem Odwołującego taka sytuacja nie występuje), to właśnie przepisom Pzp - jako stanowiącym akt wyższego rzędu -należy przyznać bezwzględne pierwszeństwo.
3.12 Powyższe jest szczególnie Istotne biorąc pod uwagę okoliczność, że gdyby Zamawiający, tak jak wymaga tego od niego art. 26 ust. 7 Pzp, skorzystał w toku Postępowania z systemu e-Certis (a nie polegał na nieaktualnym, z uwagi na zmianę stanu prawnego, orzecznictwie KIO) i wyszukał w tej bazie informacje o dokumentach

wykazujących brak podstaw do wykluczenia z powodu karalności w stosunku do wykonawców pochodzących z Wielkiej Brytanii (takich jak Odwołujący) to doszedłby do słusznego wniosku, że oświadczenie własne (także złożone przed notariuszem) jest wystarczającym dokumentem potwierdzającym niekaralność dla takich wykonawców.
3.13 Powyższe potwierdzają informacje, które Odwołujący uzyskał w systemie e-Certis. Dla lepszej czytelności powyższego, poniżej przedstawiono ścieżkę dojścia do tych informacji. W pierwszej kolejności należy wejść na stronę internetową:
https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/ecertis/
W tym miejscu przedstawia wizualizacje powyższej strony internetowej.

Następnie należy kliknąć w zakładkę znajdującą się po lewej stronie „Dokumentacja zaświadczająca". Wówczas pojawi się wskazana poniżej strona wyszukująca. W polu Kraj należy wybrać „United Kingdom" (poi. Zjednoczone Królestwo), a w polu rodzaj kryterium: „Exclusion Ground: Grounds related to criminal convictions" (poi. podstawy wykluczenia: podstawy odnoszące się do karalności), co zilustrował poniżej zrzutem ekranu.
W tym miejscu przedstawia wizualizacje powyższej strony internetowej.

Po kliknięciu w przycisk „Szukaj" pojawi się lista wszelkich możliwych dokumentów (w sumie jest ich aż 19) przedkładanych w Wielkiej Brytanii na potwierdzenie braku karalności: W tym miejscu przedstawia wizualizacje powyższej strony internetowej.
3.14 Co niezmiernie istotne z punktu widzenia stanu faktycznego zaistniałego, w postępowaniu, żaden z 19 dokumentów wskazanych w bazie e-Certis nie stanowi zaświadczenia (a już w szczególności przywołanego przez Zamawiającego zaświadczenia *Disciosure Scotland),* a wszystkie te dokumenty stanowią oświadczenia własne wykonawcy.
3.15 Tym samym, Odwołujący jako spółka posiadająca siedzibę w Wielkiej Brytanii, której członkowie zarządu również zamieszkują w Wielkiej Brytanii, działający zgodnie z przepisami 12

---

polskiego prawa (w szczególności art. 26 ust. 7 Pzp) wskazującymi wprost na informacje zawarte w systemie e-Certis, przedstawił Zamawiającemu prawidłowy dokument potwierdzający brak zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co zresztą, jak zostało wskazane szczegółowo w pkt. 2 niniejszego uzasadnienia, zostało przez Zamawiającego przyznane poprzez uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w Odwołaniu nr 1.
3.16 W odniesieniu zaś do pozostałych dokumentów, których przedstawienia żąda Zamawiający (tj. dokumentów potwierdzających odpowiednio, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (albo, że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności) oraz, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości), Odwołujący ponownie wskazuje, iż stosowne dokumenty zostały już przedłożone w odpowiedzi na Wezwanie nr 1, zaś Zamawiający nie wyraził w stosunku do nich żadnych zastrzeżeń. W szczególności, nie odniósł się do nich w treści Zawiadomienia. Co za tym idzie, w świetle braku przedstawienia jakiejkolwiek argumentacji przez Zamawiającego, niemożliwe jest podjęcie z nią polemiki.
3.17 Z uwagi na powyższe, Odwołujący raz jeszcze podkreśla, iż wszystkie żądane dokumenty znajdują się już w posiadaniu Zamawiającego, a w związku z tym ponowne wezwanie do ich złożenia należy uznać za bezpodstawne, i jako takie, podlegające unieważnieniu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta była jedyną ofertą w pakiecie 1, która została złożona, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego,

wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pkt. 2 Pzp z 07.02.2017 r., oświadczenia Odwołującego z 10.01.2017 r. złożonego przed notariuszem potwierdzającego niekaralność członków zarządów, oświadczenia własnego Odwołującego z 10.01.2017 r. na potwierdzenie okoliczności, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne ani zdrowotne (w tym samym oświadczeniu wykazano niekaralność członków zarządu) oraz zaświadczenia z 07.12.2016 r. wydanego przez Kierownika Urzędu Rejestracji Spółek w Wlk. Brytanii na podstawie brytyjskiej Ustawy o Spółkach z 2006 r., z którego wynika, że wobec Odwołującego nie otwarto likwidacji oraz nie ogłoszono upadłości, informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz informacji o częściowym unieważnieniu prowadzonego postępowania w Pakiecie 1 – oba pisma z 27.02.2017 r., pisma Odwołującego z 08.03.2017 r., pisma Zamawiającego z 10.03.2017 r., odwołania z 13.03.2017 r. w sprawie o sygn.. akt: KIO 491/17, pisma Zamawiającego z 26.03.2017 r., postanowienia KIO z 27.03.2017 r. w. sprawie o sygn. akt: KIO 491/17, jak i wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 03.04.2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak i złożone przez Zamawiającego na rozprawie celem uwiarygodnienia tez wyrażonych w swojej odpowiedzi na odwołanie oraz przywołanych stanowisk piśmiennictwa wydruki cytowanych artykułów:
1) Różowicz Konrad, Wykorzystanie informacji z repozytorium e-Certis w procesie udzielania zamówień publicznych, opublikowano ABC 2016, komentarz praktyczny – https://sip.lex.pl/#/publikacja/470074361/rozowicz-konrad-wykorzystanie-informacji-z-repozytorium-e-Certis-w-procesie-udzielania-zamówien-publicznych.html;
2) M. Wojciechowskiego, Pęknie worek z unijnymi przetargami. Dyrektywy wdrożone. Dziennik Gazeta Prawna, 15-17 lipca 2016 TGP nr 27 (32) / DGP nr 136 (4283) gazetaprawna.pl , a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1. art. 186 ust. 2 Pzp poprzez ponowne, bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy czynność ta stoi w sprzeczności z żądaniem zawartym przez 14

Odwołującego w odwołaniu wniesionym w dniu 13.03.2017 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 497/11 („Odwołanie nr 1"), do którego to żądania Zamawiający jest zobowiązany się zastosować w związku z uwzględnieniem w dniu 26.03.2017 r. w całości zarzutów Odwołującego podniesionych w Odwołaniu nr 1, przez co w szczególności Zamawiający przyznał, iż przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 07.02.2017 r. („Wezwanie nr 1") dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania są prawidłowe, a w związku z czym nie jest uprawniony do ponownego wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tych samych okoliczności;
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 7 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp poprzez ponowne, bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, podczas gdy dokumenty złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na Wezwanie nr 1 są prawidłowe i potwierdzają brak podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania (co potwierdza jednoznacznie internetowe repozytorium zaświadczeń e-Certis) a dodatkowe dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:
W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i przywołanych w nich dokumentów. W tym zakresie, Izba wskazuje na przywołane w treści w/w pism okoliczności. Nadto, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że uwzględniając zarzuty

poprzedniego odwołania miał na względzie swój błąd proceduralny, gdyż wezwanie z 07.02.2017 r. oparte było na przepisie art. 26 ust. 1 Pzp, a przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie art. 24 aa Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Z powyższego, jak i z przepisów wskazujących okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty czy wykluczeniem wykonawcy z postępowania, wynika, że upływ ustawowych dziesięciu dni, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp nie powoduje automatycznie sankcji odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy, choćby z tego względu, że w gestii Zamawiającego pozostaje jeszcze instytucja wynikającą z art. 26 ust. 3 Pzp. Przywołał także wskazanie Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w opracowaniu pt: *"Kwalifikacja podmiotowa wykonawców",* gdzie stwierdzono, że: *"(...) Na*

15

---

podstawie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia o wartości równej lub powyżej progów UE, wzywa, a w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE, może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Trzeba pamiętać, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, ma charakter jednorazowy. Natomiast dopiero po zastosowaniu ww. procedury, jeżeli wykonawca ten nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, do przedłożenia stosownych dokumentów.(...)". Wyjaśnił, że wobec więc faktu, iż Zamawiający dokonał wezwania tylko na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w przedmiotowej sprawie koniecznym było dokonać ponownego wezwania Odwołującego, tym razem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z zaistnieniem przesłanek określonych tym przepisem. Dlatego też podniesiony zarzut w pierwszym odwołaniu Odwołującego braku podstaw do wykluczenia Odwołującego oraz unieważnienia postępowania były słuszne, gdyż na ówczesnym etapie postępowania czynności Zamawiającego były przedwczesne. Dlatego też nastąpiła konieczność uznania odwołania odwołującego ze stosownym odniesieniem co do podstaw tego uznania. Stąd też zachodziła konieczność wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zgodnie z treścią pisma z 03.04.2017 r.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

16

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że w/w podlega oddaleniu.

Względem kwestii niewykonania uwzględnienia. Niewątpliwie Zamawiający biorąc

pod uwagę jego wyjaśnienia zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a które mają swoje potwierdzenie w podstawie prawnej obu wezwań miał podstawę do uznania, że jego czynność z 02.03.2017 r. m.in. wykluczenie była przedwczesna. Izba podziela w tym kontekście stanowisko wynikające z orzecznictwa, że uwzględnienie zarzutów nie może prowadzić do czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Inaczej mówiąc odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem. Na powyższe wskazuje w drugim zdaniu cytowanego poniżej fragmentu wyrok KIO z 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1159/16; KIO 1174/16: *„Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić -niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p., jeśli jego czynność jest poprawna w* świetle *przepisów "merytorycznych", tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał).".* Podobnie w wyroku KIO z 01.08.2016 r., sygn. akt: 1296/16, KIO 1323/16: *„Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem lub postanowieniami SWIZ.”.*

Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający dokonując powtórnie czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu ma możliwość samodzielnego podejmowania czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W takim wypadku zamawiający dokonując powtórnie czynności, nawet wskutek uwzględnienia

odwołania, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. (za wyrokiem KIO z 28.07.2011r., sygn. akt: KIO 1529/11).

Jednocześnie Izba potwierdza, za orzecznictwem, że przepis ten (art. 186 ust. 2 Pzp) sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale dają podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie. Przykładowo, wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: *„Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może – co do zasady – stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z* żądaniem *zawartym w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego,* że *zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp.”.* Podobnie w wyroku z 05.11. 2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13: *„Niewykonanie czynności związanych z* żądaniem *uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia*

publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem *zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego."* oraz w wyroku 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15: *„Izba uznała w* świetle *prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu*

proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami *wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów.".*

W konsekwencji nawet uznanie wadliwości realizacji w praktyce dokonanego uwzględnienia nie może samo w sobie skutkować uwzględnieniem rozpatrywanego odwołania, a co najwyżej umożliwia rozpoznanie kolejnego zarzutu który byłby w przedmiotowym stanie faktycznym de facto tożsamy z zarzutem pierwszym w odwołaniu o sygn. akt: KIO 491/17. Izba, tak ostatecznie, uwzględniając wątpliwości Odwołującego co do czynności Zamawiającego dokonanych po uwzględnieniu, uznała rozpoznając zarzut drugi aktualnego odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 727/17. Przy czym, wobec nie potwierdzenia się tego zarzutu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, oddalił pierwszy z rozpoznawanych zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała że podlega on oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 7 Pzp, Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do:

- po pierwsze - korzystania z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis,
- po drugie wymagania przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte repozytorium e-Certis.

Jednocześnie należy zgodzić się, że: *„W e-Certis zawarte są informacje o zaświadczeniach i dokumentach przedkładanych w jednym z 32 krajów, w celu weryfikacji wykonawców- w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są to dokumenty służące zbadaniu aspektów podmiotowych uczestników postępowania (niepodleganie wykluczeniu, spełnianie warunków udziału w postępowaniu). W zasadniczym zakresie będą to zatem informacje o odpowiednikach dokumentów występujących w obrocie krajowym. Niekiedy jednak poszczególne kraje ustanawiają inny stopień rygoryzmu odnośnie poszczególnych dokumentów, a w efekcie w niektórych krajach wymagane jest przedstawienie dokumentu wydanego przez odpowiedni organ państwowy, a w innych wystarczające jest przedstawienie oświadczenia własnego."* (Różewicz Konrad, Wykorzystanie informacji z repozytorium e-Certis w procesie udzielania zamówień publicznych, 2016, komentarz – opublikowano ABC praktyczny

https://sip.lex.pl/#/publikacja/470074361/rozowicz-konrad-wykorzystanie-informacji-z-repozytorium-e-Certis-w-procesie-udzielania-zamówien-publicznych).

Jednocześnie korzystając z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis Zamawiający winni uwzględnić, że informacje zawarte w e-Certis nie są źródłami prawa, dlatego rozstrzygając wszelkie wątpliwości konieczne jest uwzględnienie regulacji normatywnych obowiązujących w danym kraju. Opieranie decyzji proceduralnej na informacjach zawartych w repozytorium e-Certis powinno następować z zachowaniem odpowiedniego poziomu ostrożności. Podobnie w przywołanym powyżej komentarzu, jak i w artykule: M. Wojciechowskiego. Pęknie worek z unijnymi przetargami. Dyrektywy wdrożone. Dziennik Gazeta Prawna, 15-17 lipca 2016 TGP nr 27 (32) / DGP nr 136 (4283)

gazetaprawna.pl. Podobnie stwierdza się w artykule, który nie był przywoływany przez żadną ze stron - M. Jastrzebski, Dokumenty Wykonawcy Zagranicznego, Zamawiający, Nr 21, I-II 2017, choć generalnie uznaje się właściwym kierunkiem korzystanie z tej bazy: *„Mimo, iż z przepisu ustawy wynika, że zamawiający jest zobowiązany do korzystania z tej bazy danych, to zgodnie z informacjami Komisji Europejskiej informacje zawarte na platformie eCertis nie są prawnie wiążące. Konsekwencją powyższego, w przypadku zmiany sposobu uzyskania dokumentu lub oświadczenia i braku aktualizacji systemu, może być* żądanie *przez zamawiającego dokumentu, którego uzyskanie nie jest już możliwe. Niewykluczone są także awarie systemu i brak możliwości weryfikacji dokumentów. Mimo wskazanych wyżej ryzyk, korzystanie przez zamawiających z tej bazy danych jest jak najbardziej słuszne".*

Izba także podziela tezy piśmiennictwa przedłożonego przez Zamawiającego zgodnie z którymi w wypadku rozbieżności między dokumentami przedstawionymi w postepowaniu a wynikającymi z e-Certis winno być to przedmiotem wyjaśnień (w ocenie Izby art. 26 ust. 4 Pzp), a w ostateczności można zastosować § 7 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) – Zgodnie z nim, w przypadku wątpliwości, co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących tego dokumentu. W tym zakresie e-Certis może okazać się pomocne przy ustalaniu właściwego organu.

Nadto, analizując art. 26 ust.7 Pzp w jego drugiej części nie można abstrahować od art. 25 ust.1 Pzp, jak i przywołanego rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym bowiem akcie wykonawczym wskazane są chociażby rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców. Jedne wprost wskazane inne określone rodzajowo. Nadto, utrzymano dotychczasowy prymat zaświadczeń, czyli w pierwszej kolejności Wykonawcy winni przedłożyć dokument urzędowy, a dopiero gdy taki nie jest wystawiany można go zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie wykonawcy złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

W efekcie Izba podzieliła stanowisko wynikające z piśmiennictwa przedstawionego przez Zamawiającego zgodnie z którym: *„Jeżeli zamawiający uzna, że przedłożenie dokumentów jest konieczne, w pierwszej kolejności powinien* żądać *przedstawienia mu dokumentów, o których informacje są zawarte w repozytorium e-Certis. Nakaz ten znajduje zastosowanie wyłącznie w sytuacji, w której zamawiającemu przysługuje jakakolwiek doza swobody decyzyjnej. W przypadku dokumentów ściśle skonkretyzowanych w ramach r.r.d. gospodarz postępowania wymaga przedłożenia dokumentów wskazanych w tym akcie normatywnym. Ponadto nakaz ten nie ma charakteru absolutnego i zamawiający może odstąpić od wymagania dokumentów, o których informacje są zawarte w repozytorium e-Certis, wszakże art. 27 ust. 6 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „przede wszystkich", które należy interpretować jako „w pierwszej kolejności". Nie przewiduje on zatem absolutnego nakazu wymagania wyłącznie takich dokumentów".*

Reasumując, Zamawiający są zobligowani do porównanie otrzymanych dokumentów z informacjami zawartymi w repozytorium e-Certis w zakresie weryfikacji oświadczeń, zaświadczeń lub dokumentów pochodzących od podmiotów zagranicznych. Niemniej jednak w regulacjach normatywnych nie ustanowiono domniemania prawidłowości informacji w nim zawartych, które pozwalałoby na poprzestanie w toku weryfikacji na prostej konfrontacji dokumentów przedłożonych przez wykonawców z informacjami zawartymi w repozytorium e-Certis. Wyraźnie stwierdza się na jej stronie, że niniejsza baza ma charakter pomocniczy i nie jest wiążąca. Powyższa okoliczność ma charakter notoryjny i nie wymaga dowodu. Zamawiający zasadnie stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że zgodnie z informacją Komisji Europejskiej umieszczoną na stronie internetowej (w załączeniu) - *„e-CERTIS to system informacyjny, za pośrednictwem którego użytkownicy mogą sprawdzić, jakie zaświadczenia są wymagane w ramach procedur udzielania zamówień publicznych w UE.*

Z systemu mogą korzystać europejskie firmy, które planują wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz nabywcy publiczni, którzy muszą ocenić oferty złożone przez oferentów z różnych państw członkowskich. e-CERTIS pomaga im zrozumieć jakiego rodzaju dokumentacja jest wymagana lub została przedstawiona przez drugą stronę. Aby uzyskać te

informacje, wystarczy podać opis dokumentu potwierdzającego spełnienie kryteriów wykluczenia lub kryteriów kwalifikacji w ramach danej procedury. Wyszukiwanie można przeprowadzić w dowolnym języku UE. Uwaga: e-Certis to pomocnicza baza danych, a nie serwis dostarczający porad prawnych. Narzędzie to nie gwarantuje, że informacje wyświetlające się jako wynik wyszukiwania zostaną uznane za wiążące przez instytucję zamawiającą. e-Certis jest systemem informacyjnym ułatwiającym rozeznanie się w wymogach i uznanie różnego rodzaju zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w ramach procedur udzielania zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich. Informacje zawarte w bazie danych zostały dostarczone przez władze krajowe i są regularnie aktualizowane".

Nie można wobec wcześniejszego zaimplementowania niż to stanowił art. 90 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE Rady i Parlamentu Europejskiego z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE z 2014 r., seria L 94, str. 65), poprzez art. 26 ust. 7 Pzp art. 61 ust. 1 przywołanej dyrektywy wywodzić, jak ukazywał to na rozprawie Odwołujący, absolutnego prymatu informacji ze strony e-Certis. Jednocześnie sformułowanie „przede wszystkim" w art. 26 ust. 7 Pzp jednoznacznie sugeruje, że nie mają informacje w tym zakresie zawarte na stronie e- Certis charakteru katalogu zamkniętego i mogą być inne dokumenty w nim nie wymienione w danym kraju. Na uwadze należy mieć również, że system ten obejmuje wykaz dokumentacji wymaganej w poszczególnych państwach i nie zawiera on listy dokumentów równoważnych do dokumentacji wymaganej zgodnie z polskimi przepisami.

Izba nie podziela także tez Odwołującego o absolutnym prymacie informacji pochodzących ze strony e-Certisu nad rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż akt wykonawczy jest również wynikiem delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp. W konsekwencji nie można de facto wywodzić, że art. 26 ust. 7 Pzp z racji swojego ustawowego charakteru ma niejako pierwszeństwo nad przywołanym rozporządzeniem i czynić ten akt wykonawczy zbędnym w odniesieniu do podmiotów zagranicznych, poprzez uznanie nadrzędności repozytorium e-Certis, które nie ma mocy wiążącego dokumentu prawnego na terytorium Unii Europejskiej.

Jednocześnie należy zauważyć, że jeżeli Odwołujący uznawał prymat informacji zawartych w e-Certis i oczekiwał, że Zamawiający będzie wymagał „tylko i wyłącznie", a nie jak stanowi przepis „przed wszystkim" - takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte repozytorium e-Certis winien zaskarżyć postanowienia SIWZ (Rozdz. VI pkt 3 ppkt 1), które w tym zakresie powielają przepisy rozporządzenia Ministra

Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba podziela gruntowane stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, zgodnie z którym w Wielkiej Brytanii można uzyskać na potrzeby zamówień publicznych dla osoby fizycznej członka zarządu dokument o niekaralności stanowiący odpowiednika polskiego KRK, w konsekwencji przedłożenie oświadczenie własnego złożonego przed notariuszem jest działaniem niewłaściwym. W tym zakresie należy przywołać orzecznictwo Izby: wyrok KIO z 22.01.2015 r. sygn. akt: KIO 2821/14, wyrok z 30.03.2015 r., sygn. akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO 476/15, wyrok KIO z 02.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1822/15, wyrok KIO z 14.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15, wyrok KIO z 10.11.2015 r., KIO 2294/15, wyrok z 04.01.2016 r. /omyłkowo wpisany datę ogłoszenia orzeczenia rok 2015 r./, sygn. akt: KIO 2684/15, jak i Informację o wyniku kontroli uprzedniej z 14.12.2015 r., sygn. akt: UZP/DKUE/KU/119/15. W konsekwencji dokumentem - na podstawie Ustawy o Policji z dnia 1997 r. - potwierdzającym niekaralność w Wielkiej Brytanii, a będącym

odpowiednikiem polskiego KRK, jest zaświadczenie Basic Disclosure Scotland - czyli o Basic Disclosure Podstawowe Zaświadczenie Niekaralności. Zaświadczenie wystawione może być dla mieszkańców całej Wielkiej Brytanii, nie zaś tylko Szkocji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba z uwagi na art. 190 ust. 7 Pzp nie odnosiła się do de facto nowego zarzutu sformułowanego na rozprawie przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wskazania rodzaju uchybień w dokumentach złożonych pierwotnie w odpowiedzi na wezwanie z 07.02.2017 r.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości – 3 934,00 zł, tzn. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w

rozporządzenia), kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 300,00 zł (tylko w jedną stronę gdyż nie przedłożono rachunków, tzn. biletów powrotnych), zgodnie z przedłożonymi biletami PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie łącznej 34,00 zł.

Przewodniczący:

……