

WYROK

z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Daniel Konicz

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia** w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **Siltec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - GISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego - wykonawcy Siltec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego przedmiotem jest „Dostawa terminali SHF szczepła taktycznego w wersji przenośnej”, nr referencyjny IU/101/V-88/ZO/POOiB/DOS/Z/2019 (dalej: „Postępowanie”). Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 157-389500.

W dniu 16 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazując, iż m.in. wykonawca Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie spełnia te warunki. W dniu 26 czerwca 2020 r. GISS sp. z o.o. wniósł odwołanie na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Siltec sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako: „Siltec”), mimo iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie określonym w art. 131 e ust. 1 pkt 1 w stosunku do podmiotu, na którego zasobach polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

ewentualnie:

- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Siltec do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w Postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności poprzez uzupełnienie dokumentów wykazujących brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wniosku Siltec;

- 2) powtórnej czynności badania i oceny wniosku złożonego przez Siltec, w tym ewentualnie wezwanie Siltec do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3) wykluczenie Siltec z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in. iż wykonawca Siltec w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu powołał się na zasoby udostępniane przez spółkę Integrated Microwave Technology Ltd. z siedzibą w Clochester (UK), dalej jako: „IMT”. Z załączonego wraz z wnioskiem wydruku z rejestru wynika, iż dwóch członków organu zarządzającego IMT ma miejsce zamieszkania na terenie USA. W odniesieniu do tych osób, Siltec wraz z wnioskiem złożył informacje wystawione przez Wydział Informacji Kryminalnych, Federalne Biuro Śledcze. Dokumenty te w dniu 21.02.2020 r. podlegały uzupełnieniu w zakresie ich tłumaczeń na język polski w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego dokumenty przedstawione przez Siltec, również po ich uzupełnieniu, nie spełniają wymagań i nie wykazują braku podstaw do wykluczenia w sposób wymagany w Ogłoszeniu i zamówieniu i przepisach prawa – ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako: „rozporządzenie o dokumentach”). Z treści informacji pozyskanych dla panów R. G. B. i J. B. P. nie wynika potwierdzenie braku wyroków skazujących (zgodnie z zakresem przesłanki wykluczenia), ale wyłącznie brak informacji dotyczących aresztowań w rejestrze FBI. Tłumaczenie zwykłe na język polski przedłożone (dwukrotnie) przez Siltec jest w sposób oczywisty błędne, gdyż angielski termin „arrest” tłumaczy się jako „aresztowanie”, „areszt” (ew. „zatrzymanie”), natomiast w żaden sposób nie odnosi się ono do skazań/wyroków skazujących. Nie sposób zatem uznać, aby dokument ten odpowiadał wymaganiom i posiadał zakres weryfikacji właściwy dla potwierdzenia braku przesłanki do wykluczenia IMT w odniesieniu do dwóch członków organu zarządzającego tej spółki.

Ponadto, treść wyników weryfikacji, którą przedstawia uzyskana informacja z Federalnego Biura Śledczego, wskazuje wyraźnie, iż ograniczone są one do „arrest data at the FBI” (tłum. własne Odwołującego: „danych dotyczących aresztowania posiadanych przez FBI”), z zastrzeżeniem, iż: „This does not preclude further criminal history at the State or local level” (tłum. własne Odwołującego: „nie wyklucza to dalszej historii karalności na poziomie stanowym lub lokalnym”). Z samej treści przedstawionego dokumentu wynika zatem, iż nie przedstawia on kompletnych informacji w zakresie wyroków karnych danej osoby i wymaga uzupełnienia (albo w zakresie poszerzenia zakresu i wyników wyszukiwania w ramach tego samego rejestru albo o informacje z rejestrów prowadzonych na poziomie stanowym lub lokalnym). Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2019 r.,

sygn. KIO 420/19 i stwierdził, że przedstawione przez wykonawcę Siltec zaświadczenia nie są właściwymi dokumentami dla wykazania niekaralności członków zarządu.

Następnie Odwołujący podniósł, że przedmiotowe dokumenty były już przedmiotem wezwania i uzupełnienia w toku postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z tym jednokrotna możliwość zastosowania tej instytucji, w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zasady równego traktowania wykonawców, uzasadniają wykluczenie wykonawcy Siltec z postępowania, bez powtórnej możliwości uzupełnienia wadliwych dokumentów. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd dokonując nieprawidłowego tłumaczenia kwestionowanej treści zaświadczenia, która wskazuje na jego nieprawidłowość. Dokonując zatem powtórnej weryfikacji - w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 17.02.2020 r. - złożonych wraz z wnioskiem dokumentów i ich tłumaczeń, Wykonawca powinien był dochować należytej staranności i zadbać o przedstawienie prawidłowych zaświadczeń i dokładnych tłumaczeń ich treści. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Siltec ponownie przedłożył dokumenty niepotwierdzające braku podstaw do wykluczenia oraz nie skorygował niewłaściwego tłumaczenia ich treści, wprowadzającego Zamawiającego w błąd co do faktycznego zakresu objętego weryfikacją i poświadczeniem przez organ wystawiający dokument. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Wykonawcy nie przysługuje dodatkowa możliwość uzupełnienia przedmiotowych zaświadczeń i Siltec podlega wykluczeniu z Postępowania ze względu na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Niemniej, działając z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, iż wezwanie z dnia 17.02.2020 r. i uzupełnienie dokumentów przez Siltec w dniu 21.02.2020 r. nie wyczerpuje możliwości zastosowania wobec tego Wykonawcy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż obowiązkiem Zamawiającego powinno być wezwanie Siltec do przedstawienia właściwych dokumentów wykazujących brak wyroków skazujących w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp wobec IMT udostępniającego Siltec konieczne zasoby, zaznaczając, że uzupełniane dokumenty powinny potwierdzać te okoliczności nie później niż na dzień składania wniosków w Postępowaniu. Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 421/20 oraz przytoczone tam orzecznictwo Izby i podał, iż w stosunku do osób fizycznych mających miejsce zamieszkania w USA, nie jest dopuszczalne posłużenie się oświadczeniem takiej osoby złożonym przed notariuszem lub organem sądowym, administracyjnym itd. właściwym ze względu na miejsce zamieszkania takiej osoby. Zastosowanie §8 ust.1 rozporządzenia o dokumentach jest możliwe tylko w przypadku, gdy dokumenty, o których mowa w §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nie są wydawane w kraju zamieszkania danej osoby. Nie jest to właściwe w przypadku Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

Pismem z dnia 21 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. wykonawca Siltec sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zaś pismem z dnia 22 lipca 2020 r., złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wykonawca Siltec wskazał m.in., iż w odniesieniu do członków zarządu IMT przedstawił oficjalne informacje z federalnego rejestru karnego (Identity History Summary – dalej jako: „IdHS”) wydane przez FBI Criminal Justice Information Services – dalej jako: „FBI CJIS”. Zaświadczenia te wydawane są jedynie przez FBI CJIS, po przeprowadzeniu drobiazgowej procedury weryfikacyjnej, na podstawie odcisków palców osoby zainteresowanej. Spośród wszystkich rejestrów skazań funkcjonujących w USA, rejestr FBI CJIS jest najbardziej kompletny. Rejestr ten, poza przestępstwami federalnymi, obejmuje bowiem również przestępstwa stanowe i lokalne. Taki stan rzeczy wynika z tego, że informacje o przestępstwach, które figurują w rejestrach stanowych i lokalnych raportowane są do rejestru centralnego FBI CJIS w ramach programu międzystanowej wymiany informacji – „Interstate Identification Index System” (dalej jako: „IIS”). W ten sposób informacja uzyskana na podstawie odcisków palców z FBI CJIS obejmuje również informacje o przestępstwach popełnionych na poziomie stanowym i lokalnym. W konsekwencji, uzyskując zaświadczenie o niekaralności wydane przez FBI CJIS, nie ma potrzeby przedkładania dodatkowych zaświadczeń wydanych przez władze stanowe i lokalne.

Powyższego nie zmienia to, że na zaświadczeniach FBI CJIS przedłożonych przez Odwołującego widnieje adnotacja: „This does not preclude further criminal history at State or local level” (tłum. „Nie wyklucza to późniejszej historii kryminalnej na poziomie stanowym lub lokalnym”). Adnotacja ta wynika bowiem z faktu, że niektóre stany (w tym stany, w których zamieszkują członkowie zarządu IMT, tj. New Jersey i Floryda), po przekazaniu informacji o aresztowaniu danej osoby do FBI CJIS za określony czyn, następnie samodzielnie aktualizują kartotekę tej osoby w swoich rejestrach. W konsekwencji, rejestr FBI CJIS może nie zawierać późniejszej historii kryminalnej danej osoby w odniesieniu do określonego czynu zabronionego, ale zawiera informację z pierwszego etapu postępowania karnego, dotyczącą aresztowania tej osoby za popełnienie tego czynu. Tym samym posłużenie się zaświadczeniem IdHS wydanym przez FBI CJIS w celu wykazania braku podstaw wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp spełnia swoją funkcję. Informacja o aresztowaniu danej osoby z tytułu popełnienia danego czynu zabronionego jest bowiem bardziej „dotkliwa” dla wykonawcy niż informacja o skazaniu. Rejestr informacji o aresztowaniu ma bowiem szerszy zakres niż rejestr informacji dotyczących wyłącznie skazania (nie każda

osoba aresztowana ostatecznie musi zostać skazana). Informacje o późniejszej historii kryminalnej na poziomie stanowym i lokalnym, które nie są raportowane do rejestru FBI CJIS mogą natomiast jedynie polepszyć sytuację danej osoby (np. na skutek ułaskawienia lub uniewinnienia). W tym kontekście wykonawca Siltec zauważył, że choć powyższe zagadnienie było przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, orzecznictwo Izby nie jest w tym zakresie jednolite. Izba niejednokrotnie przyjmowała bowiem stanowisko, zgodnie z którym dla wykazania niekaralności osób mających miejsce zamieszkania w USA za wystarczające należy uznać same zaświadczenia wydawane przez FBI, np. w wyroku z 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 410/18, KIO 449/18 oraz KIO 471/18, w którym Izba stwierdziła, że: „Dokument wystawiony przez FBI, czyli organ federalny jest uznawany za odpowiednik zaświadczenia KRK w Polsce (vide: wyrok KIO z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 761/10 i KIO/UZP 762/10, z dnia 8 marca 2016 r. sygn. akt KIO 249/16)”, czy w wyroku z 14 września 2015 r., sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15.

Wykonawca Siltec podkreślił, że właściwym zaświadczeniem wystawianym przez FBI w celu potwierdzenia braku karalności danej osoby jest zaświadczenie IdHS wydawane przez FBI CJIS na podstawie odcisków palców osoby zainteresowanej, tj. zaświadczenie, które przedłożył. Zaświadczenie to ma bowiem charakter oficjalny i urzędowy, a więc spełnia przesłanki określone w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów dla zaświadczeń od podmiotów zagranicznych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego sformułowanym w oparciu o wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 420/19 oraz KIO 421/20, Przystępujący nie miał możliwości pozyskania innych dokumentów od FBI. W szczególności zaświadczeń takich nie wydaje Biuro FBI działające przy Ambasadzie USA w Polsce. Wykonawca lub jego pełnomocnicy podejmowali bowiem próby pozyskania zaświadczeń od Biura FBI działającego przy Ambasadzie USA w Polsce, zgodnie wytycznymi sformułowanymi przez Izbę w przytoczonych powyżej wyrokach, jednak spotkali się z decyzją odmowną. Biuro FBI w Polsce stoi na stanowisku, że o wydanie takiego zaświadczenia musi zwrócić się sam Zamawiający – tj. Inspektorat Uzbrojenia lub brakiem jakiegokolwiek odpowiedzi. W konsekwencji jedynym oficjalnym dokumentem FBI potwierdzającym brak karalności osób zamieszkujących w USA, możliwym do pozyskania przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest dokument IdHS wydawany bezpośrednio w USA przez FBI CJIS. Niezależnie od powyższego, Przystępujący dochowując najwyższej staranności, zwrócił się również do Zamawiającego o wystąpienie do Ambasady Stanów Zjednoczonych Ameryki - Biura Współpracy Obronnej lub bezpośrednio do Szefa Biura FBI w Polsce o potwierdzenie, że z dokumentów uzyskanych z FBI Criminal Justice Information Services (CJIS), które zostały załączone do jego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, wynika, że na dzień 12 listopada 2019 r. osoby w nich wskazane nie figurowały w kartotekach karnych i nie zostały

wydane wobec nich nakazy aresztowania w USA. Możliwość taką przewiduje wprost §7 ust. 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedmiotowe Zamówienie kwalifikowane jest jako zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a zatem podlega ono reżimowi prawnemu wynikającemu z dyrektywy 2009/81/WE. Prawodawca unijny w motywie 65 preambuły tej dyrektywy wyraźnie wskazał, iż „[w] stosownych przypadkach instytucje/podmioty zamawiające powinny zwracać się do kandydatów lub oferentów o dostarczenie odpowiednich dokumentów oraz, w przypadku wątpliwości dotyczących podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, mogą zwrócić się o współpracę do właściwych organów danego państwa członkowskiego (...). Wykluczenie wykonawców powinno być również możliwe w przypadku, gdy instytucja zamawiająca/ podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”. Bez znaczenia, zdaniem wykonawcy Siltec, jest przy tym fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien skierować swe zapytanie do przedstawicielstwa kraju niebędącego państwem członkowskim UE (tj. USA). Istotą jest bowiem to, że zabieg taki zagwarantowałby bezpieczeństwo państwa polskiego poprzez stosowną weryfikację podmiotu, który będzie uczestniczył w realizacji Zamówienia o istotnym znaczeniu dla obronności państwa. Z tego względu wystąpienie przez Zamawiającego do Biura FBI w Polsce w celu potwierdzenia niekaralności członków zarządu spółki IMT, którzy zamieszkują w USA, należy uznać za w pełni dopuszczalne, a w przypadku ewentualnych wątpliwości Zamawiającego – wręcz za konieczne. Powyższe stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie TSUE. Jako przykład, wykonawca Siltec wskazał wyrok z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-199/15 Cicalat, w którym stwierdzono, iż: „(...) *po pierwsze, że art. 45 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/18 umożliwia państwom członkowskim wykluczenie każdego wykonawcy, który nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Po drugie, na podstawie art. 45 ust. 3 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające dopuszczają jako wystarczający dowód potwierdzający, że podmiot gospodarczy nie znajduje się w sytuacji, o której mowa we wspomnianym ust. 2 lit. e), zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego, z którego wynika, że wymogi te zostały spełnione. Z treści wspomnianych przepisów nie wynika w żaden sposób, że właściwe organy mają zakaz występowania z urzędu o wymagane zaświadczenie do zakładów ubezpieczeń społecznych*”. Nadto wykonawca Siltec wskazał, że wystąpienie przez Zamawiającego do Szefa Biura FBI w Polsce, w celu uzyskania stosownego potwierdzenia, w okolicznościach niniejszej sprawy jest nie tylko uprawnieniem, ale wręcz obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z zasady proporcjonalności oraz ekonomiki prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższych argumentów, które w opinii wykonawcy Siltec świadczą o tym, że przedłożone przez niego zaświadczenia FBI CJIS są wystarczające dla wykazania braku podstaw wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, Przystępujący wskazał, że ewentualne uwzględnienie Odwołania będzie skutkowało naruszeniem zasad proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Konsekwencją takiego stanu rzeczy byłoby bowiem wymaganie od wykonawców krajowych lub zagranicznych, których członkowie organów zarządzających lub nadzorczych mają miejsca zamieszkania w USA, nie jednego, ale aż trzech dokumentów potwierdzających brak karalności, wydawanych przez trzy różne organy i instytucje, zaś wykonawcy, których członkowie organów zarządzających lub nadzorczych mają miejsca zamieszkania w Polsce (lub w innych krajach, które nie mają ustroju federacyjnego) przedkładałoby tylko jeden dokument. W opinii wykonawcy Siltec brak jest podstaw do różnicowania sytuacji podmiotowej wykonawców w tym zakresie. Nawet jeśli w USA (lub w innych krajach UE i GPA) nie wydaje się dokumentów, których treść odpowiadałaby w 100% zaświadczeniom z KRK wydawanym w Polsce, nie może to generować po stronie wykonawców obowiązku przedkładania dla członków ich organów zarządzających lub nadzorczych mających miejsca zamieszkania w tych krajach, wielu różnych dokumentów. Prowadziłoby to bowiem to dyskryminacji tych wykonawców oraz ograniczenia dostępu do Zamówienia. Jak przyjmuje się w orzecznictwie zarówno krajowym, jak i europejskim, zasada równego traktowania wykonawców sprowadza się do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach. Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej, przy czym do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, celem powyższego przepisu jest m.in. uniemożliwienie czy też ograniczenie tworzenia barier dostępu do rynku, a w tym zakresie obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego dotyczy m.in. nieograniczania konkurencji przez zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywał wiarygodny i zdolny do jego realizacji podmiot. W jednym z wyroków, NSA wskazuje również, że skoro poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców

ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu to Zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. Stąd obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób. Z powyższej analizy wynika jednoznacznie, że głównym postulatem formułowanym w kontekście art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest obowiązek traktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób. Uzasadnionym wydaje się być stwierdzenie, iż postulat ten nie dotyczy jedynie równego traktowania wykonawców w ramach jednego postępowania, ale istnieją podstawy do rozszerzenia tej zasady na inne postępowania danego rodzaju prowadzone przez tego samego zamawiającego. Nadto postulat ten winien dotyczyć zarówno wykonawców krajowych jak i zagranicznych. Jak wynika przy tym z orzecznictwa, zasady Pzp mają zapewnić efektywne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnić dostęp do zamówień publicznych podmiotom zainteresowanym i zdolnym do wykonania zamówienia publicznego.

Następnie wykonawca Siltec zauważył, że w niniejszej sprawie kwestią sporną są dokumenty, które powinien przedstawić podmiot trzeci, którego urzędujący członek organu zarządzającego lub nadzorczego ma miejsce zamieszkania na terenie USA, na potrzeby wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w ramach art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Kwestia ta pozostaje nierozstrzygnięta w świetle orzecznictwa KIO. Izba nie przyjęła bowiem jednolitej linii orzeczniczej, a w wyrokach pojawiają się różne stanowiska co do tego jakie dokumenty są wystarczające dla wykazania braku podstaw do wykluczenia. Wykluczenie Przystępującego skutkowałoby de facto unicestwieniem dalszego udziału w Postępowaniu jeszcze przed merytorycznym rozpatrzeniem jego oferty. Wykluczenie miałoby nastąpić z powodu przyjęcia jednego z poglądów odnoszącego się do równoważności dokumentów uzyskiwanych w USA z odpisem z polskiego KRK. Pogląd zaprezentowany w Odwołaniu nie jest poglądem ugruntowanym i jednolitym, co więcej, można znaleźć wyroki KIO, w których zawarta jest teza, że zaświadczenie z FBI, przedstawione przez Przystępującego, jest wystarczające dla wykazania braku karalności. Skoro zatem nawet Izba ma wątpliwości w tej kwestii, wydaje się, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy Siltec z Postępowania z uwagi na dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega. Takie nieproporcjonalnie formalistyczne podejście ograniczyłoby konkurencję, powodując szkodę nie tylko po stronie Przystępującego, ale przede wszystkim po stronie Zamawiającego, a w konsekwencji interesu publicznego. Postępowanie padłoby ofiarą własnych, nadmiernych rygorów formalnych, pozbawiając się tym samym potencjalnie wartościowej oferty. Pomimo iż

Zamawiający przewidział możliwość dopuszczenia do udziału w Postępowaniu maksymalnie 10 wykonawców, wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożyło jedynie 6 wykonawców, z czego dwóch zostało już wykluczonych. Wykluczenie Przystępującego spowodowałoby ograniczenie konkurencji jeszcze przed złożeniem ofert do jedynie 3 wykonawców, czyli o 25%. Taka sytuacja jest niewątpliwie niekorzystna dla Zamawiającego, szczególnie ze względów ekonomicznych, bowiem może znacząco wpłynąć na ceny ofertowe przedstawione przez pozostałych wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Ponadto, NSA zauważył w jednym z wyroków, że „prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego, polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych”.

Przystępujący stwierdził, że złożył dokumenty dla wykazania braku podstaw wykluczenia. Poszczególne składy orzecznicze KIO wyrażają odmienne poglądy co do dokumentów, które można uznać za wystarczające. Wydaje się, że w przedmiotowej sytuacji, wykluczenie Przystępującego, którego oferta mogłaby być potencjalnie najkorzystniejsza dla Zamawiającego, zarówno pod względem jakości, jak i ceny, byłoby sprzeczne z zasadami Proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, efektywności i gospodarności. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, za poglądem zaprezentowanym w Odwołaniu, że oprócz dokumentów, które Wykonawca już złożył, powinien był złożyć również dokumenty pozyskane na poziomie stanowym oraz lokalnym (z czym Przystępujący się nie zgadza), to należy uznać, iż Wykonawca nie powinien zostać wykluczony na tej podstawie. Nie należy również tracić z pola widzenia szerszego aspektu przedmiotowej sprawy, tj. kształtowania praktyki rynkowej w zakresie dokumentów wymaganych od wykonawców, których urzędujący członkowie organów zarządzających lub nadzorczych mają miejsce zamieszkania w państwie federalnym takim jak USA, np. Kanadzie, Australii, Niemczech czy Szwajcarii. Niewątpliwie praktyka stosowana w przypadku USA będzie bezpośrednio odnoszona do innych krajów federalnych. Jeżeli ugruntuje się pogląd forsowany przez Odwołującego, będzie to oznaczało, że wykonawcy, o których mowa powyżej, będą zmuszeni do gromadzenia dokumentów ze wszystkich możliwych poziomów występujących w danym państwie, w sytuacji, gdy wykonawca krajowy będzie musiał przedłożyć jedynie odpisy z KRK.

Takie postępowanie generowałoby trudności zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego, który ostatecznie byłby zmuszony do zweryfikowania tych dokumentów. Wymóg gromadzenia takiej ilości dokumentów, często trudno dostępnych, lub w niektórych przypadkach wręcz niedostępnych, może prowadzić do utrudnienia dostępu do zamówienia wykonawcom zagranicznym, co jest sprzeczne z naczelnymi zasadami Pzp.

Wykonawca Siltec podniósł, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność prezentowanego wyводу, ograniczając się jedynie do zacytowania wybranych wyroków KIO oraz do próby zakwestionowania treści oficjalnych dokumentów urzędowych. Tymczasem jak stwierdziła Izba na kanwie analogicznej sprawy, uwzględniając odwołanie kwestionujące błędną ocenę Zamawiającego w odniesieniu do zaświadczeń o niekaralności osób mieszkających w USA: „zamawiający nie przedłożył dowodu, poza wydrukami z ogólnie dostępnej strony internetowej na potwierdzenie, że zasadne było żądanie wyjaśnień, czy dokumentów na poziomie okręgu/miasta i federalnym.” (wyrok KIO z 1 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 132/11).

W dalszej kolejności Przystępujący wskazał, że zarzut postawiony przez Odwołującego został sformułowany w sposób nieprawidłowy. Z treści Odwołania wynika bowiem, że ewentualne niewykazanie przez Przystępującego braku podstaw wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, w odniesieniu do podmiotu trzeciego, który udostępnił mu swój potencjał, powinno prowadzić do wykluczenia samego Przystępującego. Tymczasem nawet przy hipotetycznym założeniu, że podmiot trzeci tj. IMT podlega wykluczeniu z Postępowania skutkiem takiego stanu rzeczy powinno być uznanie, że Przystępujący jedynie nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Przy takim założeniu oraz w świetle wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu powinien mieć możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego, na którego zasobach aktualnie polega (tj. IMT), innym podmiotem trzecim.

W odniesieniu do drugiego zarzutu odwołania, dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, Przystępujący wskazał, że pismem z dnia 17 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Siltec do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu o informację z odpowiedniego rejestru albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju w którym miejsce zamieszkania ma Pan R. G. B. oraz Pan J. B. P., w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

W uzasadnieniu, Zamawiający wskazał, że złożone przez Przystępującego wraz z Wnioskiem informacje o niekaralności wystawione przez Wydział Informacji Kryminalnych FBI, dotyczące wskazanych wyżej osób nie odpowiadają wymogom dokumentacji przetargowej, ponieważ zostały wystawione więcej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków. Z polskiego tłumaczenia dokumentów z FBI wynikało zdaniem Zamawiającego, że zostały one wystawione odpowiednio w dniu 10 marca 2019 r. oraz 10 kwietnia 2019 r. W odpowiedzi z dnia 21 lutego 2020 r., Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający błędnie odczytał daty wystawienia powyższych dokumentów, ponieważ daty widniejące na dokumentach z FBI (3 października 2019 r. oraz 4 października 2019 r.) są prawidłowe i świadczą o ich wystawieniu w okresie krótszym niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku. Przystępujący wyjaśnił, że błędna interpretacja dat przez Zamawiającego wynika z różnych formatów daty stosowanych w USA oraz w Polsce. W USA datę przedstawia się w formacie MM-DD-YY, natomiast w Polsce w formacie DD-MM-YY. Oznacza to, że daty wydania dokumentów, tj. 3 października 2019 r. oraz 4 października 2019 r. na dokumencie amerykańskim oraz na tłumaczeniach wyrażone zostały w postaci 10-3-2019 i 10-4-2019, co zostało błędnie odczytane przez Zamawiającego jako 10 marca 2019 r. oraz 10 kwietnia 2019 r. Przedmiotem wezwania nie była wadliwość samego zaświadczenia z FBI, a data wskazana na tłumaczeniu, z której zdaniem Zamawiającego wynikało, że zaświadczenia zostały wystawione wcześniej niż w ciągu 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosku.

Zdaniem wykonawcy Siltec w wyniku pisma Zamawiającego z dnia 17 lutego 2020 r. nie doszło do uzupełnienia żadnego dokumentu podmiotowego, a jedynie do wyjaśnienia Zamawiającemu jego wątpliwości co do interpretacji dat znajdujących się na tłumaczeniu oryginalnych dokumentów z FBI złożonych wraz z wnioskiem. Od początku dokumenty z FBI i tłumaczeń złożonych wraz z wnioskiem były prawidłowe i nie wymagały uzupełnienia, natomiast przedmiotem wezwania były de facto wątpliwości Zamawiającego co do treści zaświadczeń, wynikające wyłącznie z jego błędnej interpretacji. Twierdzenie Odwołującego jakoby dokumenty podmiotowe w przedmiocie niekaralności były przedmiotem uzupełnienia są zatem bezzasadne i nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Przedmiotem wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie były zaświadczenia o niekaralności (w szczególności zaświadczenia wydawane na poziomie stanowym i lokalnym) tylko samo tłumaczenie. Nie ma zatem podstaw by twierdzić, że ewentualne wezwanie Przystępującego do uzupełnienia tych dokumentów będzie naruszało postulowaną przez Odwołującego zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może wezwać do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których

mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Tłumaczenia zaświadczeń z FBI nie stanowią żadnego z powyższych dokumentów. W szczególności tłumaczenia nie są „innymi dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania”. Świadczy o tym chociażby art. 9 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że Zamawiający nie musi każdorazowo wymagać tłumaczenia dokumentu sporządzonego w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Język angielski, w którym zostały sporządzone oryginalne dokumenty z FBI jest językiem powszechnie używanym w handlu międzynarodowym. Gdyby natomiast tłumaczenie na język polski było dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, to ustawa Pzp nie dopuszczałaby wprost możliwości jego pominięcia.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez:

- Odwołującego w postaci: tłumaczenia przysięgłego dokumentów załączonych do wniosku przez wykonawcę Siltec dotyczących członków organu zarządzającego IMT, wydruku wraz z tłumaczeniem ze strony Policji Stanowej New Jersey zawierający informację o uzyskiwaniu informacji z rejestru karnego, wydruku wraz z tłumaczeniem ze strony internetowej prowadzonej przez Departament Organów Ścigania Stanu Floryda (FDLE) zawierającego informację o uzyskiwaniu informacji z rejestru karnego, przykładowego (zanonimizowanego) zaświadczenia o niekaralności wydane przez Policję Stanową Pensylwanii (wraz z tłumaczeniem);
- Przystępującego w postaci: 34 Kodeksu USA § 40311. *Ustalenia*, gdzie Kongres m.in. stwierdza, że zarówno Federalne Biuro Śledcze, jak i repozytoria państwowych rejestrów karnych prowadzą rejestry historii kryminalnej oparte na odciskach palców; Narodowego Paktu dot. Zapobiegania Przeszłości i Zachowania Prywatności: Materiały źródłowe, Styczeń 1998, NCJ 171671, gdzie jest informacja m.in. o roli i korzyściach Międzystanowego Indeksowego Systemu Identyfikacji, tj. systemu rejestrów karnych z „indeksem wskazującym”, który łączy skomputeryzowane pliki FBI i scentralizowane zbiory na poziomie stanowym prowadzone przez każdy Stan w System Narodowy; Zarządzenia nr 556-73 Departamentu Sprawiedliwości USA Tytuł 28 CFR część 16-*Wytwarzanie lub ujawnienie materiałów lub informacji*; Listy rekordów utrzymywanych przez państwo; wypisu z rejestru lokalnego Biura Szeryfa Hrabstwa Sarasota; odpisu pisma Służby Informacyjnej Wymiaru Sprawiedliwości w sprawach karnych Stanu Floryda (CJIS) dotyczącego p. R. G. B.; odpisu pisma Siltec z dnia 7 lipca 2020 r. do Szefa Inspektoratu Uzbrojenia z prośbą o wystąpienie do Ambasady Stanów Zjednoczonych Ameryki – Biura Współpracy Obronnej lub bezpośrednio do Szefa Biura FBI w Polsce; pisma Ambasady Stanów Zjednoczonych Ameryki Biuro Współpracy Obronnej skierowane do Szefa Inspektoratu Uzbrojenia wraz z

informacją Departamentu Sprawiedliwości FBI z dnia 5 lipca 2020 r.; korespondencji e-mail w sprawie trybu wystąpienia do Ambasady USA o udzielenie informacji o przeszłości kryminalnej określonych osób; pisma wykonawcy Siltec z dnia 7 lipca 2020 do US Embassy FBI Office w Warszawie wraz z tłumaczeniem.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który złożył wniosek i został oceniony jako spełniający warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym posiada interes w zapewnieniu, że do kolejnego etapu postępowania zakwalifikowani zostaną tylko tacy wykonawcy, którzy prawidłowo wykazali spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Wobec nieprawidłowej, zdaniem Odwołującego, czynności Zamawiającego, do złożenia oferty w Postępowaniu zostanie dopuszczony wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tym samym Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania z postępowania zostałby wykluczony wykonawca, który nie powinien uczestniczyć w dalszej procedurze postępowania.

Wykonawca Silcec Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił wymogi, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do sekcji III.2.1) pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli wykazać brak podstaw wykluczenia m.in. w okolicznościach, o których mowa w art. 131e ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z sekcją III.2.3) pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu, wykazanie podstaw do wykluczenia w ww. zakresie było wymagane również w odniesieniu do podmiotów, na których zasoby wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Stosownie do sekcji III.2.1) pkt 3.1 i pkt 7 Ogłoszenia o zamówieniu zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia, wymagane było przedstawienie zaświadczeń z KRK, a w stosunku do osób mających miejsce zamieszkania za granicą należało złożyć: informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym ma miejsce zamieszkania osoba, której dotyczy informacja albo dokument w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z sekcją VI.3 pkt 8 Ogłoszenia o zamówieniu, oświadczenia i dokumenty sporządzone w języku obcym, należało przedłożyć wraz z tłumaczeniem na język polski.

Przystępujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu powołał się na zasoby udostępniane przez spółkę Integrated Microwave Technology Ltd. („IMT”), której dwóch członków organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania na terenie USA w Sanach: Floryda i New Jersey. W odniesieniu do tych osób, Siltec wraz z wnioskiem złożył zaświadczenie wystawione przez Wydział Informacji Kryminalnych, Federalne Biuro Śledcze na podstawie odcisków palców.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący nie wykazał zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów, w granicach których, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Ad. Zarzut naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 22a ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Siltec, mimo iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie określonym w art. 131 e ust. 1 pkt 1 w stosunku do podmiotu, na którego zasobach polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu

Stosownie do art. 131e ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się: 1) wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 i 13, z wyłączeniem wykonawców skazanych za przestępstwo, o którym mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, i pkt 14, gdy osoba o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13, z wyjątkiem przestępstw, o których mowa w art. 181-188 i art. 189a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, jeżeli stosownie*

zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, brak podstaw do wykluczenia w ww. zakresie należy wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp stanowi: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600, z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1468 i 1495), b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, c) skarbowe, d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769); 14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13.

Art. 22a ust. 3 ustawy Pzp stanowi: Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania Odwołujący uzasadnia tym, że złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczenia wydane przez Wydział Informacji Kryminalnych Federalnego Biura Śledczego (FBI) w Stanach Zjednoczonych Ameryki (USA) na potwierdzenie braku karalności członków zarządu Integrated Microwave Technology Ltd. – podmiotu trzeciego udostępniającego Przystępującemu zasoby tj. dotyczące panów: R. G. B. i J. B. P. nie potwierdzają że ww. osoby nie były skazane, a jedynie, że nie były aresztowane oraz nie przedstawiają pełnej informacji w zakresie wyroków karnych danej osoby i wymagają uzupełnienia o informacje o skazaniu na poziomie stanowym i lokalnym.

Przystępujący natomiast twierdzi, iż zaświadczenia FBI złożone przez niego dla ww. członków zarządu podmiotu udostępniającego zasoby, z uwagi na swoją treść, gdzie jest odniesienie do tego, że zostały wydane na podstawie odcisków palców są wystarczające do wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania, w tym braku wyroków skazujących, bowiem są bardziej pojemne, z uwagi na to, iż zawierają informacje o braku aresztowania/zatrzymania, które poprzedzają wydanie wyroków skazujących, nadto zostały wydane przez

instytucję, która korzysta z danych zawartych w rejestrach m.in. stanów Floryda i New Jersey, gdzie zamieszkują ww. członkowie zarządu podmiotu udostępniającego zasoby, a zatem nie ma potrzeby przedkładania dodatkowych zaświadczeń.

W sprawie nie jest sporne, że w USA dla stanów Floryda i New Jersey wydawane są zaświadczenia dotyczące historii kryminalnej osób fizycznych przez instytucje stanowe i lokalne, na co wskazują m.in. trzy spośród czterech ww. dowodów złożonych przez Odwołującego. Istotą sporu jest natomiast to, czy Przystępujący niezależnie od zaświadczenia FBI CJIS, złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, był obowiązany przedłożyć dodatkowe zaświadczenia.

Przedmiotowe zaświadczenia wydane przez Wydział Informacji Kryminalnych, Federalne Biuro Śledcze zawierają m.in. stwierdzenie: *Wynik przeszukania rejestru: W wyniku przeszukania rejestru FBI na podstawie odcisków palców złożonych przez wyżej wymienioną osobę nie ujawniono żadnych danych dotyczących uprzednich aresztowań. Nie wyklucza to istnienia późniejszej (wg tłumaczenia Przystępującego), dodatkowej (wg tłumaczenia Odwołującego) innej (wg tłumaczenia przysięgłego języka angielskiego złożonego na rozprawie przez Odwołującego), dodatkowej przeszłości kryminalnej na poziomie stanowym lub lokalnym.* W oryginale ww. oświadczenie brzmi: *A SEARCH OF THE FINGERPRINTS PROVIDED BY THIS INDIVIDUAL HAS REVALDED NO PRIOR ARREST DATA AT THE FBI. THIS DOES NOT PRECLUDE FURTHER CRIMINAL HISTORY AT THE STATE OR LOCAL LEVEL.*

Żadna ze stron nie przedstawiła autentycznej wykładni treści zaświadczeń FBI. Różnica stron sprowadza się do tłumaczenia wyrazu „further”, który według Przystępującego należy tłumaczyć jako „późniejszy”, zaś według Odwołującego jako „inny” lub „dodatkowy”. Ze słownika języka angielskiego wynika, że wszystkie ww. sposoby tłumaczenia tego wyrazu są poprawne, a zatem z punktu widzenia językowego, każde tłumaczenie może być uznane za prawidłowe. Jednakże z punktu widzenia meritum sprawy, każde ww. tłumaczenie ma inne znaczenie i pozwala na obronę innego stanowiska w analizowanej sprawie i na wyciąganie odmiennych wniosków.

Według Odwołującego ww. ostatnie zdanie oznacza, że analizowane zaświadczenie wymaga uzupełnienia o inne zaświadczenia wydane na poziomie lokalnym lub stanowym, co z uwagi na użycie spójnika „lub” mogłoby sugerować, że zdaniem Odwołującego powinny być złożone dodatkowe zaświadczenia wydane na obydwu tych poziomach. Nadto nie jest wiadomo, czy w ocenie Odwołującego wystarcza zaświadczenie z aktualnych miejsc zamieszkania, czy może jednak konieczne byłyby także zaświadczenia z repozytoriów innych lokalnych, państwowych rejestrów, na co mógłby wskazywać dowód nr 4 złożony przez

Odwołującego w postaci Odpowiedzi na zapytanie o niekaralność Policji Stanowej Pensylwanii, Gdzie zawarte jest stwierdzenie (według tłumaczenia Odwołującego): „*NIE FIGURUJE W REJESTRZE KARNYM PENNSYLVANII (...) ODPOWIEDŹ OPARTA NA PORÓWNANIU DANYCH PODANYCH PRZEZ WNIOSKODAWCĘ Z INFORMACJAMI ZAWARTYMI WYŁĄCZNIE W CENTRALNYM REPOZYTORIUM POLICJI STANU PENNSYLVANIA. (...) POZYTYWNA IDENTYFIKACJA NIE MOŻE BYĆ WYKONANA BEZ POBRANYCH ODCISKÓW PALCÓW NA POLICJI W STANIE PENNSYLVANIA. ODPOWIEDŹ NIE WYKLUCZA ISTNIENIA WPISÓW W REJESTRACH KARNYCH, KTÓRE MOGĄ WYSTĘPOWAĆ W REPOZYTORIUM INNYCH LOKALNYCH, PANSTWOWYCH LUB FEDERALNYCH AGENCJACH SPRAWIEDLIWOŚCI DZIAŁU KARNEGO (...)*”

Według Przystępującego ww. stwierdzenie oznacza natomiast, że zaświadczenie to może nie zawierać późniejszej historii kryminalnej w odniesieniu do określonego czynu zabronionego, ale zawiera informacje z pierwszego etapu postępowania karnego dotyczące aresztowania / zatrzymania tej osoby za popełnienie tego czynu. Adnotacja ta jest zamieszczana z uwagi na to, że niektóre stany, w tym Floryda i New Jersey po przekazaniu informacji o aresztowaniu danej osoby do FBI CJIS za określony czyn, następnie samodzielnie aktualizują kartotekę tej osoby w swoich rejestrach.

Na poparcie swojego stanowiska Przystępujący złożył ww. dowody. Z Zarządzenia nr 556-73 Departamentu Sprawiedliwości USA Tytuł 28 CFR – *Wytwarzanie lub ujawnianie materiałów lub informacji* (tłumaczenie Przystępującego) wynika m.in., że Zarząd Służb Informacyjnych w sprawach karnych FBI (*FBI Criminal Justice Information Services – CJIS*) nie jest źródłem danych pojawiających się w zapisach identyfikacyjnych i uzyskuje wszystkie dane z kart odcisków palców lub powiązanych formularzy identyfikacyjnych przedłożonych FBI przez agencje lokalne, stanowe i federalne, odpowiedzialność, uwierzytelnienie korekta takich danych spoczywa na agencjach uczestniczących (...). Rekord identyfikacyjny zawiera nazwę agencji lub instytucji, która przedłożyła odciski palców FBI. Jeżeli odciski palców dotyczą przestępstwa, dokument identyfikacyjny zawiera datę aresztowania lub datę przejęcia danej osoby przez agencję, która złożyła odciski palców, zarzut aresztowania oraz sposób aresztowania, jeśli jest znany FBI (...). Jeżeli po przejrzaniu swojego rekordu identyfikacyjnego podmiot uzna, że jest on nieprawidłowy lub niekompletny pod jakimkolwiek względem i życzy sobie zmian, poprawek lub aktualizacji domniemanej niekompletności, powinien złożyć wniosek bezpośrednio do organu, który przekazał kwestionowane informacje. Podmiot wpisu może również skierować swoje zastrzeżenie co do dokładności lub kompletności wpisu w jego aktach do FBI, Zarząd Służb Informacyjnych w sprawach karnych przekaże następnie odwołanie do agencji, która przesłała dane, z prośbą o zweryfikowanie lub poprawienie kwestionowanego wpisu. Po otrzymaniu oficjalnego komunikatu bezpośrednio od agencji,

która dostarczyła pierwotne informacje, Wydział FBI CJIS dokona wszelkich niezbędnych zmian zgodnie z informacjami dostarczonymi przez tę agencję. Nadto z Listy rekordów utrzymywanych przez państwo (tłumaczenie Przystępującego), wynika, że m.in. stany Floryda i New Jersey utrzymują własne systemy rejestrowania. Aktualizacje rekordów są dokonywane tylko na poziomie stanu, więc FBI nie może zmieniać swoich zapisów. Zamiast tego FBI uzyskuje dostęp do systemu stanowego w autoryzowanych celach w celu przejrzenia akt.

W ocenie Izby, nawet jeśli by się opowiedzieć za tłumaczeniem ww. wyrazu przedstawionym przez Odwołującego, to zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał, czy za któreś z przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp w USA może dojść do wydania wyroku skazującego bez zatrzymania i bez pobrania odcisków sprawcy, przy czym nie jest w sprawie kwestionowane, że zatrzymanie/aresztowanie w USA wiąże się z pobraniem odcisków palców. Potwierdza to także ww. dowód nr 4 złożony przez Odwołującego.

Nie zostały także przedstawione przez Odwołującego przeciwdowody ani przekonujące twierdzenia w stosunku do twierdzeń Przystępującego, że złożone przez niego zaświadczenia Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIS) Federalnego Biura Śledczego, tj. wydziału, który posiada informacje o historii kryminalnej także z rejestrów stanowych stanu Floryda i New Jersey, są wystarczające do wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania, bowiem informacja uzyskana na podstawie odcisków palców z FBI CJIS obejmuje również informacje o przestępstwach popełnionych na poziomie stanowym i lokalnym.

Jak wynika natomiast z przedłożonego przez Przystępującego Narodowego Paktu dot. Zapobiegania Przestępczości i Zachowania Prywatności (tłumaczenie Przystępującego) Międzystanowy Indeks Identyfikacji to system rejestrów karnych z „indeksem wskazującym”, który łączy skomputeryzowane pliki FBI w scentralizowane zbiory na poziomie stanowym prowadzone przez każdy Stan w System Narodowy. FBI utrzymuje automatyczny indeks ww. Systemu oraz prowadzi Narodowy Rejestr Odcisków Palców (*National Fingerprint File – NFF*), który zawiera odciski palców wszystkich osób w indeksie. NFF zapewnia środki do pozytywnej identyfikacji podmiotów w indeksie i może być przeszukiwany w celu zidentyfikowania osób, które podają fałszywe nazwiska policji lub pracodawcom, próbując ukryć swoją kryminalną przeszłość. Z kolei z przedłożonego przez Przystępującego 34 Kodeksu USA § 40311. *Ustalenia* wynika, że zarówno FBI, jak i repozytoria państwowych rejestrów karnych prowadzą rejestry historii kryminalnej oparte na odciskach palców, te rejestry przeszłości karnej są udostępniane i wymieniane dla celów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych za pośrednictwem programu federalnego znanego jako Interstate Identification Index System. Umowa międzystanowa i federalna jest niezbędna w celu ułatwienia dozwolonej

międzystanowej wymiany rejestrów karnych w celach innych niż wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych, na jednolitych zasadach, jednocześnie umożliwiając każdemu stanowi prowadzenie własnej polityki w zakresie rozpowszechniania informacji we własnych granicach. Z dowodu w postaci informacji z Departamentu Przestrzegania Prawa Stanu Floryda (CJIS) wynika, że na podstawie dostarczonych informacji (rasa, data urodzenia, płeć, nr ubezpieczenia społecznego) przeszukanie akt tego Departamentu nie wykazało żadnego zapisu stanu Floryda dotyczącego p. R. G. B. Z kolei z wypisu z rejestru lokalnego Biura Szeryfa Hrabstwa Sarasota wynika, że ww. nie figuruje w rejestrach aresztowych tego Biura, z zaznaczeniem, że jest to wyszukiwanie lokalne, a jego dokładność nie jest potwierdzona odciskami palców. Treść oświadczenia Biura Szeryfa wskazuje zatem, że na innym szczeblu takie wyszukiwanie jest potwierdzone odciskami palców.

Tym samym, nie zostało podważone przez Odwołującego stanowisko Przystępującego, że jeśli w odniesieniu do ww. osób wystąpiło zatrzymanie/aresztowanie w związku z podejrzeniem popełnienia czynu zabronionego także na szczeblu stanowym czy lokalnym, to byliby oni wymienieni w bazie, z której czerpie FBI, do której są przekazywane informacje m.in. przez Stany Floryda i New Jersey o pobranych odciskach palców osób zatrzymanych/aresztowanych. Według wiedzy Przystępującego w odniesieniu do przestępstw wskazanych w ustawie Pzp, powinno bowiem nastąpić aresztowanie. Nie ma zatem możliwości, aby osoba co do której nie zdjęto odcisków palców była podejrzana o popełnienie przestępstwa, a to oznacza brak skazania. Zatem nie zostało obalone przez Odwołującego stanowisko Przystępującego, z którego wynika, że skoro nie ujawniono żadnych danych dotyczących uprzednich aresztowań, to oznacza, że tym bardziej nie ujawniono wyroków skazujących te osoby. Nie została także przedstawiona przez Odwołującego argumentacja, jak również nie zostały złożone dowody, dla podważenia stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że rejestr FBI posiada te same informacje, jakie są posiadane na szczeblu stanowym czy lokalnym, ponieważ rejestry są połączone, a bazą jest CJIS.

W konsekwencji w ocenie Izby wskazuje to, że nie zostało wykazane przez Odwołującego, że przedmiotowych zaświadczeń Wydziału Informacji Kryminalnych (CJIS) Federalnego Biura Śledczego, wydanych w wyniku przeszukania rejestru FBI na podstawie odcisków palców, złożonych dla ww. członków zarządu podmiotu udostępniającego zasoby, nie można uznać za wystarczające do wykazania braku wyroków skazujących. Zaświadczenia winny być oceniane pod kątem ich przydatności dla wykazania braku określonej przesłanki wykluczenia z postępowania, przy uwzględnieniu różnic w systemach prawnych państw wykonawców, czy – jak w analizowanym przypadku – państwa federacyjnego, gdzie mają miejsce zamieszkania ww. członkowie zarządu podmiotu udostępniającego swoje zasoby Przystępującemu.

Odwołujący i Zamawiający na rozprawie wprawdzie stwierdzili, że według nich nie każde skazanie w USA musi być poprzedzone zatrzymaniem i pobraniem odcisków palców, jednakże takiemu stwierdzeniu nie towarzyszyło przedstawienie w tym zakresie argumentacji ze wskazaniem na sytuację prawną w USA w tym zakresie, jak też nie zostały złożone na tę okoliczność jakiegokolwiek dowody. Zdaniem Izby takie stanowisko wymaga natomiast przedstawienia argumentacji z uwzględnieniem prawa USA, w tym prawa stanów Floryda i New Jersey oraz prawa federalnego, a także porównania katalogu przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp oraz sankcji z ewentualnymi odpowiednikami w systemie prawa USA, z uwzględnieniem realiów państwa federacyjnego. Ani Odwołujący ani Zamawiający nie podjęli próby takiego wykazania. Zauważenia natomiast wymaga, że w różnych państwach różne czyny zabronione są karane z różną surowością i w związku z tym nie można pomijać różnic w systemach prawnych poszczególnych państw, z których pochodzą określone dokumenty.

W ocenie Izby, kwestionując prawidłowość ww. zaświadczeniu CJIS FBI, mając na uwadze argumentację Przystępującego i dowody przez niego przedłożone, Odwołujący powinien wykazać, które kategorie przestępstw wymienionych w ww. przepisach ustawy Pzp nie wymagają w USA, dla wydania wyroku skazującego, uprzedniego zatrzymania/aresztowania i pobrania odcisków palców, tzn. w przypadku jakiego przestępstwa wymienionego w tych przepisach, dana osoba nie będzie figurowała w rejestrze zawierającym pobrane odciski palców, mimo, iż może być wydany wyrok skazujący. Ponadto, wobec dowodów złożonych przez Przystępującego i jego twierdzeń, dotyczących charakteru zbierania i gromadzenia informacji o historii kryminalnej osób zamieszkujących poszczególne stany, Odwołujący winien wykazać, iż wbrew stanowisku Przystępującego FBI CJIS nie dysponuje ww. danymi ze Stanów Floryda i New Jersey.

To jednak nie nastąpiło. W związku z tym zarzut dotyczący wskazanych w odwołaniu podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania nie został wykazany. Tym samym zaświadczenie CJIS FBI, złożone przez Przystępującego, wobec braku przeciwdowodu, nie może być uznane, jak tego oczekuje Odwołujący, za stanowiące podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Ad. Zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 i ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 22a ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Siltec do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnianie warunków udziału w Postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w szczególności poprzez uzupełnienie dokumentów wykazujących brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

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

W tym zakresie zauważenia wymaga, iż jak wyżej wskazano, nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby złożone przez Przystępującego zaświadczenie FBI CSJI nie potwierdzało braku podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. W związku z tym, nie może być uznany zarzut sprowadzający się do istnienia podstawy do wezwania do uzupełnienia dokumentów, przy czym również w odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący nie precyzuje, jakie konkretnie dokumenty i dlaczego właśnie te dokumenty, Przystępujący powinien uzupełnić.

Odwołujący opiera się jedynie na dokonany przez siebie tłumaczeniu jednego zdania z zaświadczenia CJIS FBI (z pominięciem zdania wskazującego na to, że zaświadczenie to zostało wydane w wyniku przeszukania rejestru FBI na podstawie odcisków palców złożonych przez ww. osoby i nie ujawniono danych dotyczących uprzednich zatrzymań/aresztowań) oraz wyroku Izby wydanego w innych okolicznościach sprawy. Odwołujący nie wykazał, aby obok złożonych przez Przystępującego zaświadczeń FBI CJIS konieczne było złożenie dodatkowych, ściśle określonych zaświadczeń, jak również nie przedstawił argumentacji i dowodów wskazujących, że ww. zaświadczenie nie mogą służyć celowi dla którego zostały złożone, nie są wystarczające dla osiągnięcia tego celu.

Odwołujący stawia ten zarzut, jednocześnie w uzasadnieniu twierdząc, że Przystępujący już raz był wzywany do uzupełnienia dokumentów, a zarzut jest stawiany z ostrożności na wypadek uznania, iż wezwanie z dnia 17 lutego 2020 r. i uzupełnienie dokumentów z dnia 21 lutego 2020 r. nie wyczerpuje możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z tym zauważenia wymaga, że ww. wezwanie, jakkolwiek zostało zatytułowane wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, to jednak z jego treści wynika, że Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do zaświadczeń Wydziału Informacji Kryminalnych Federalne Biuro Śledcze odnośnie panów R. G. B. wskazując, że zostało wydane w dniu 10 marca 2019 r. oraz J. B. P. wskazując, że zostało wydane w dniu 10 kwietnia 2019 r., podczas gdy termin składania wniosków upływał w dniu 12 listopada 2019 r., a zatem zdaniem Zamawiającego zaświadczenia zostały wydane wcześniej niż 6 miesięcy przed tym terminem.

W odpowiedzi Przystępujący wyjaśnił, że w tłumaczeniu informacji o niekaralności zostały wpisane omyłkowo daty, które w systemie stosowanym w USA są inaczej zapisywane, tj. zapis daty zaczyna się od miesiąca, następnie wpisywany jest dzień, a jako ostatni występuje rok. Tym samym odnośne daty to: dla Pana R. G. B. data zapisana jako 10.03.2019 oznacza datę 3 października 2019 r, zaś dla Pana J. B. P. data 10.04.2019 r. oznacza datę 4 października 2019 r., a także zostało przedstawione tłumaczenie zaświadczeń z oznaczonymi datami w systemie polskim. Na skutek wyjaśnienia i poprawionego tłumaczenia daty zaświadczeń zostały uznane za prawidłowe. Zamawiający nie zgłaszał innych zastrzeżeń dotyczących zaświadczeń z FBI, więc gdyby zostało wykazane przez Odwołującego, że zaświadczenia te nie są wystarczające dla wykazania braku podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania, to w ocenie Izby istniałaby podstawa do wystąpienia przez Zamawiającego ze stosownym wezwaniem do Przystępującego.

Z uwagi na to, że w sprawie pojawiła się kwestia ewentualnego wystąpienia Zamawiającego do Biura FBI przy Ambasadzie USA w Warszawie o wyjaśnienia złożonych przez Przystępującego zaświadczeń FBI CJIS, mając na uwadze stanowisko Odwołującego, z którego wynika, że takie wystąpienie byłoby wyręczaniem Przystępującego, Izba stwierdza, że nie podziela stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

Przede wszystkim zaznaczenia wymaga, że nie chodzi o pozyskanie brakującego dokumentu, lecz o rozwianie wątpliwości co do tego, czy otrzymany dokument (zaświadczenie FBI CJIS) jest wystarczający dla wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Nadto zauważenia wymaga, iż w Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III. 2.1) pkt 6) Zamawiający przewidział taką możliwość, a jak wynika z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, w tym pisma Ambasady Stanów Zjednoczonych Ameryki Biuro Współpracy Obronnej w Warszawie z dnia 10 lipca 2017 r., skierowanego do Szefa Inspektoratu Uzbrojenia, oraz korespondencji e-mail, takie informacje są udzielane na wystąpienie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba może uwzględnić odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego takich przepisów, pomimo iż to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 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. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Odwołującego na rzecz uczestnika postępowania, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....