Sygn. akt: KIO 621/20

WYROK

z dnia 22 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawcy Decsoft S.A., Al. Jerozolimiskie 179, lok poziom +2, 02-222 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice:

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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum COIG S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, na rzecz Zamawiającego - POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,

stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 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 Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 621/20

Zamawiający - POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,

prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Udostępnienie usług asysty technicznej i konserwacji oprogramowania firmy ORACLE oraz usług zaawansowanego wsparcia ACS". Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. pod numerem 2019/S 248-616772.

Zamawiający w dniu 12.03.2020 r. przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu go z postępowania i wyborze jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Decsoft S.A.

Od czynności wykluczenia z postępowania w dniu 23.03.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie w/w przepisu, pomimo faktu, że w odniesieniu do Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania,

2. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania w informacji o wykluczeniu Odwołującego wyczerpującej i szczegółowej podstawy faktycznej wykluczenia,

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;

2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. powtórnego badania i oceny ofert;

4. dalszego prowadzenia postępowania z uwzględnieniem Odwołującego, w szczególności przeprowadzenie aukcji elektronicznej przewidzianej w SIWZ.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

W dniu 12.03.2020 r. Odwołujący został poinformowany o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Decsoft oraz o swoim wykluczeniu z postępowania z uwagi na rzekome przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykluczenie jest bezpodstawne, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, w związku z czym konieczne było wniesienie niniejszego odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu na składanie ofert zostały złożone dwie oferty: Odwołującego i wykonawcy Decsoft.

Zamawiający w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej - zaproszenie do aukcji zostało przesłane do Odwołującego w formie e-mailowej w dniu 14.01.2020 r. Termin aukcji został wyznaczony na dzień 17.01.2020 r. godzina 11:00.

W dniu, w którym miała zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo numer 53/DEG/PK/660/158/20, w którym Zamawiający poinformował, że „wycofuje aukcję elektroniczną". Jako powód odwołania aukcji Zamawiający podał: „Konsorcjum w składzie COIG S.A. - WASKO S.A. podlegać będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z powodu nieprawdziwej informacji zawartej w JEDZ Lidera Konsorcjum". Według Zamawiającego nieprawdziwą informacją była odpowiedź „NIE" udzielona przez COIG S.A. na pytanie zawarte w formularzu JEDZ:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązania przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową."

Do swojego pisma Zamawiający dołączył wydruk raportu bieżącego WASKO S.A. nr 33/2019 z dnia 28.11.2019 r. (przedmiotowy raport był zamieszczony od dnia 28.11.2019 r. na stronie internetowej WASKO S.A.).

Po otrzymaniu powyższego pisma, które zostało odebrane przez Odwołującego jako zapowiedź zamiaru wykluczenia Odwołującego z Postępowania, Odwołujący w tym samym dniu, tj. 17.01.2020 r. wystosował do Zamawiającego pismo numer D/DP/WR/246/01/2020/W wraz z merytorycznymi załącznikami, w którym wyjaśnił Zamawiającemu powód wpisania odpowiedzi „NIE" w formularzu JEDZ lidera konsorcjum COIG S.A.

Odwołujący wskazuje, że po wyżej wymienionej korespondencji w postępowaniu przez blisko dwa miesiące Zamawiający nie podejmował żadnych czynności (względem Odwołującego). Po blisko dwóch miesiącach, tj. w dniu 12.03.2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Decsoft i niezwykle lakonicznie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podnosi, że z informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Odwołujący dowiedział się jedynie, że: „Wykluczono Konsorcjum COIG S.A. - WASKO S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wykluczenie nastąpiło z powodu przedstawienia - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". W opinii Odwołującego, z tak przygotowanego uzasadnienia faktycznego nie wynika, jakie konkretnie informacje zostały przez Zamawiającego uznane za wprowadzające w błąd. Podnosi, że brak wskazania jakie informacje ma na myśli Zamawiający uniemożliwia mu obronę swoich praw, ponieważ nie wie do jakich informacji ma się odnosić. Odwołujący jednak, z uwagi na wymianę pism Odwołującego z Zamawiającym, która miała miejsce 17.01.2020 r. domniemuje, że za informację wprowadzającą w błąd, Zamawiający uznał podanie odpowiedzi „NIE" w dokumencie JEDZ lidera konsorcjum COIG S.A. na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązania przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową."

Odwołujący zastrzega jednak, że nie ma żadnej pewności, czy to właśnie tę informację Zamawiający miał na myśli. Z tego względu zdaniem Odwołującego przedmiotowy zarzut zasługuje na uwzględnienie, ponieważ uniemożliwia wniesienie w pełni skutecznego odwołania na czynność wykluczenia z postępowania. Konsorcjum COIG S.A. - WASKO S.A. nie wie jaka jest podstawa faktyczna wykluczenia z postępowania, może ją jedynie domniemywać. Wywodzi, że taka sytuacja jest nie do pogodzenia z obowiązującą zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreśla, że w niniejszym odwołaniu może podnieść tylko argumentację dotyczącą informacji, którą według własnych przypuszczeń Odwołującego Zamawiający uznał za wprowadzającą w błąd, a mianowicie odpowiedź „NIE" lidera konsorcjum COIG S.A. na pytanie; „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w 'sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązania przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową". Dodatkowo, z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego dla czynności wykluczenia Odwołującego, Odwołujący odnosi się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w piśmie numer 53/DEG/PK/660/158/20 z dnia 17.01.2020 r. Podkreśla przy tym, że na moment wniesienia odwołania nie wie, jakie informacje zostały uznane za wprowadzające w błąd i jakie jest uzasadnienie faktyczne dla wykluczenia Odwołującego w postępowaniu. Odwołujący podnosi, że w przedmiotowej sprawie nie zostały przez Odwołującego podane żadne informacje nieprawdziwe, czy wprowadzające/mogące wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odpowiedź COIG S.A. „NIE" na ww. pytanie. Udzielona odpowiedź była odpowiedzią w pełni świadomą, przemyślaną i co najistotniejsze odpowiada ona prawdzie. Odwołujący wskazuje, że rzeczywiście w dniu 27.11.2019 r. zamawiający - Miasto Katowice złożył jednostronne oświadczenie o odstąpieniu od umowy, której stroną jest konsorcjum w skład, którego wchodzi COIG S.A. Przedmiotowe oświadczenie dotyczy umowy na „Realizację projektu Miejskie Centrum Usług Wspólnych w Katowicach" (dalej jako „Umowa"). COIG S.A. uznaje jednak oświadczenie Miasta Katowice o odstąpieniu od w/w Umowy za bezskuteczne, niewywołujące skutków prawnych, a co za tym idzie do rozwiązania Umowy nie doszło. W piśmie z dnia 29.11.2019 r. numer D/DP/AZ/4412/11/2019/W skierowanym przez COIG S.A. do Prezydenta Miasta Katowice, COIG S.A. przedstawił stanowisko w sprawie bezskuteczności oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym piśmie COIG S.A. precyzyjnie przedstawia, że Miasto Katowice nie miało ani umownych ani kodeksowych podstaw do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Nie powielając argumentów przedstawionych w w/w piśmie odwołujący podnosi, że skoro COIG S.A. uznaje Umowę za obowiązującą (a ma do tego wszelkie podstawy) to tym samym nie może oświadczyć w dokumencie JEDZ w jakimkolwiek

postępowaniu, że do rozwiązania Umowy doszło, zaznaczając odpowiedź „TAK". Odwołujący zauważa, że pytanie, na które wykonawcy udzielają odpowiedzi wypełniając dokument JEDZ, nie jest pytaniem o to, czy wykonawcy zostało złożone przez zamawiającego jednostronne oświadczenie o odstąpieniu/rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pytanie dotyczy tego, czy rozwiązanie umowy przed czasem miało miejsce. COIG S.A. będąc przekonanym o bezskuteczności oświadczenia o odstąpieniu od Umowy nie ma żadnego powodu, aby na pytanie czy doszło do rozwiązania Umowy odpowiadać twierdząco. Odwołujący zauważa, że odpowiedź twierdząca wpłynęłaby negatywnie na ewentualną sytuację procesową COIG S.A. w ewentualnym sporze sądowym z Miastem Katowice, ponieważ odpowiedź „TAK" w dokumencie JEDZ mogłaby zostać potraktowana jako przyznanie okoliczności faktycznych. Również z tego względu COIG S.A. nie może potwierdzać, że do rozwiązania Umowy doszło, skoro ten fakt konsekwentnie neguje. Należy zauważyć przy tym, że nie jest to kwestionowanie bezpodstawne i gołosłowne. Odwołujący podnosi, że o tym, że stanowisko o ciągłym obowiązywaniu Umowy nie jest wyłącznie strategią procesową świadczy fakt, że na podstawie obowiązującej Umowy COIG S.A. wystawił w dniu 30.12.2020 r. Miastu Katowice fakturę VAT z tytułu wykonanych prac a obecnie przygotowuje się do dochodzenia zapłaty. W przedmiotowym stanie faktycznym, w którym COIG S.A. w szczególności wystawia fakturę i oczekuje jej zapłaty na podstawie obowiązującej Umowy odpowiedź „NIE" udzielona w JEDZu na ww. pytanie w opinii Odwołującego nie stanowi nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji. Odwołujący podnosi, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy COIG S.A. miał pełne prawo, aby udzielić odpowiedzi „NIE". Odwołujący dodaje, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania, Zamawiający otrzymał od COIG S.A. wszystkie informacje dotyczące Umowy z Miastem Katowice, które w ocenie Odwołującego były wystarczające, aby ocenić prawdziwość odpowiedzi „NIE" w formularzu JEDZ COIG S.A. Zarówno w piśmie COIG S.A. do Zamawiającego nr D/DP/WR/246/01/2020/W z dnia 17.01.2020 r. jak w i w treści raportu

bieżącego WASKO S.A. nr 33/2019 z dnia 28.11.2019 r. w posiadaniu którego był Zamawiający, co potwierdza treść jego pisma z dnia 17.01.2020 r., wyraźnie wskazano, iż COIG S.A. uznaje oświadczenie Miasta Katowice o odstąpieniu od Umowy za bezskuteczne. Odwołujący wskazuje, że COIG S.A. nie mógł udzielić odpowiedzi „TAK" nawet, gdyby przyjął w tym zakresie daleko idącą ostrożność, tj. np. w celu przeprowadzenia z ostrożności procedury samooczyszczenia. W orzecznictwie zostało bowiem jednoznacznie przesądzone, że samooczyszczenie przeprowadzane „z ostrożności" jest nieskuteczne, ponieważ przeczy istocie tej instytucji. Samooczyszczenie ma sens, kiedy dany wykonawca faktycznie dostrzega swoje błędy i realnymi działaniami stara się je naprawić, a także wprowadzić mechanizmy, które zapobiegną podobnym błędom w przyszłości. Odwołujący stoi na stanowisku, że w przypadku COIG S.A. procedura samooczyszczenia nie jest potrzebna, zatem ewentualne prowadzenie jej „z ostrożności" byłoby pozbawione sensu. Z powyższego wywodzi, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z utrwalonymi poglądami orzecznictwa, aby zastosować wykluczenie z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione określone w tym przepisie przesłanki (wszystkie łącznie) - np. KIO 2320/19 wyrok z dnia 2 grudnia 2019 r.: „W świetle art. 24 ust. 1 punkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli:

1) Wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

2) Pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego", o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego.

3) Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty."

Ad 1) Odwołujący podnosi, ze nie można mu przypisać ani lekkomyślności ani niedbalstwa. Fakt złożenia oświadczenia przez Miasto Katowice i wpływ tego oświadczenia na sytuację spółki COIG SA był szeroko analizowany. Wpisanie do formularza JEDZ odpowiedzi „NIE" było gruntownie przemyślane i w ocenie Odwołującego jest prawidłowe, na co wskazuje przedstawiona w tym zakresie argumentacja oraz stan faktyczny dotyczący Umowy z Miastem Katowice.

Ad 2) Odwołujący wywodzi, ze zgodnie z przedstawionym stanem faktycznym, dowodami oraz argumentacją nie sposób przypisać, że zostały złożone informacje nieprawdziwe/niezgodne ze stanem faktycznym. COIG S.A. nie znalazł się w sytuacji, w której „wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem", ponieważ oświadczenie Miasta Katowice jest bezskuteczne.

Ad 3) Zamawiający ocenił, że informacja podana przez COIG S.A. w dokumencie JEDZ mogła mieć wpływ na jego decyzję. Odwołujący podnosi, ze określnie „mogła mieć wpływ" jest tak szerokie i nieokreślone, że nie ma skutecznych środków, aby takie twierdzenie kwestionować, tym bardziej, że co do zasady to Zamawiający wie lub powinien wiedzieć co ma wpływ na jego decyzje. Wskazuje, że przesłanka nr 3 nie jest wystarczająca do tego, aby skutecznie wykluczyć wykonawcą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że dochowując najwyższej staranności, bez odrębnego wezwania, przedstawił Zamawiającemu okoliczności faktyczne sprawy już w dniu 17.01.2020 r. co w jego ocenie powinno skutecznie przekonać Zamawiającego, że COIG S.A. miał pełne prawo do wpisania odpowiedzi „NIE" w dyskutowanej części formularza JEDZ. Zamawiający miał pełną wiedzę o stanie faktycznym sprawy już od 17.01.2020 r, a sama informacja o złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od Umowy przez Miasto Katowice oraz nieuznaniu tego oświadczenia za skuteczne była publicznie dostępna od 28.11.2019 r. Zdaniem Odwołującego żadna z przesłanek koniecznych do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie została spełniona, w związku z czym dokonane wykluczenie nie odpowiada prawu. Odwołujący powtórnie zaznacza, że nie mą pewności, które informacje Zamawiający uznał za wprowadzające w błąd, dlatego przedstawił argumentację na tyle szczegółową na ile pozwala stan sprawy.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków

Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem uczestnika oraz stanowiskiem Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, który podnosił, iż odwołanie podlega odrzuceniu wobec przekroczenia terminu na jego wniesienie. Zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach. Nie było kwestionowane, że informację o wykluczeniu z postępowania Odwołujący powziął wraz z przesłaniem mu jej w dniu 12.03.2020 r. Błędnym było założenie Zamawiającego, że termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia 17.01.2020 r., w którym przesłane zostało pismo w którym poinformowano, że Odwołujący „będzie podlegał wykluczeniu". Art. 189 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie stanowi, że termin na wniesienie odwołania biegnie od momentu przesłania informacji o czynności zamawiającego - nie zaś informacji o zamiarze podjęcia takiej czynności. Zawarte w piśmie

z dnia 17.01.20202 r. sformułowanie „będzie podlegał wykluczeniu” nie wskazuje na podjęcie ostatecznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy, a jedynie wskazanie taki zamiar. Jednoznacznym wskazaniem byłoby tu „podlega wykluczeniu” i takie sformułowanie pozwoliłoby na liczenie terminu na wniesienie odwołania od dnia 17.01.2020 r. Co więcej, w ostatnim zdaniu pisma z dnia 17.01.2020 r. Zamawiający wskazał, że m.in. o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, poinformuje zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący postąpił adekwatnie do treści pisma z dnia 17.01.2020 r. - nie wnosił odwołania, ale podjął środki mające zapobiec wykluczeniu go z postępowania - bowiem nie został jeszcze wykluczony, ale zgodnie z uzyskaną informacją, miał być, o czym miał zostać powiadomiony osobnym pismem. Odwołujący natomiast odwołanie wniósł po uzyskaniu informacji o wykluczeniu go z postępowania, przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, że termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, był bezsporny, podobnie jak postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie w/w przepisu, pomimo faktu, że nie zaszły przesłanki ku temu.

Odwołujący podnosił, iż zaznaczenie przez niego w formularzu JEDZ odpowiedzi „NIE” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązania przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” nie stanowiło przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego zaznaczył on prawdziwą odpowiedź, gdyż jednostronne wypowiedzenie umowy przez Miasto Katowice w jego opinii było bezpodstawne i bezskuteczne wobec czego nie odpowiada sytuacji, której dotyczy ww. pytanie. Odwołujący wywodził, że był w pełni uprawniony do zaznaczenia odpowiedzi „NIE” i tylko taka odpowiedź była zgodna ze stanem faktycznym.

Przechodząc do oceny przedmiotowego zarzutu, w pierwszej kolejności należy wskazać na zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp elementy przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Artykuł ten stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który „który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Wyróżnić zatem należy trzy podstawowe uwarunkowania zajścia ww. przesłanki wykluczenia: (1) lekkomyślność lub niedbalstwo wykonawcy w przedstawianiu informacji, (2) informacje mogą wprowadzić zamawiającego w błąd, (3) informacje mogą zaważyć na treści, kierunku decyzji zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Izby w sytuacji faktycznej sprawy wszystkie powyższe warunki zostały spełnione. Co do pierwszego elementu - lekkomyślności lub niedbalstwa - bezspornym jest, że działanie Odwołującego szło nawet dalej - bowiem w pełni świadomie zaznaczył „NIE”. Na kanwie tej świadomości Odwołujący buduje bowiem argumentacje swojego odwołania, wskazując, że wiedział o sytuacji z Miastem Katowice, ale celowo nie zaznaczył odpowiedzi „TAK”. Drugi element - możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd - również wystąpiła. Zamawiający bowiem o okoliczności odstąpienia od umowy przez Miasto Katowice nie

dowiedział się z JEDZ, a z komunikatu opublikowanego przez Odwołującego w internecie. Czyli, konsekwentnie - gdyby Zamawiający nie natrafił na tę informację w internecie, pozostawałby w błędnym przekonaniu, że Odwołujący nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem. Również ostatni element - wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu zaistniał - informacja o znajdowaniu się ww. sytuacji mogła zaważyć na decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postepowania.

Dodać w tym miejscu należy, że bez znaczenia dla oceny sprawy pozostają okoliczności związane z okolicznościami odstąpienia przez Miasto Katowice od umowy z COIG. Jak zasadnie w toku rozprawy podnosił Przystępujący Decsoft, wykonawca nie powinien wypełniać JEDZ sugerując się subiektywnymi odczuciami. Wykonawca może dać im wyraz, może argumentować, że odstąpienie od umowy było niezasadne i w rezultacie nie doszło w jego opinii do rozwiązania umowy, ale zobowiązany jest wcześniej do rzetelnego przedstawienia Zamawiającemu swojej sytuacji. W przeciwnym wypadku, tak jak miało to miejsce w tej sprawie - wykonawca może być nawet podejrzewany o chęć zatajenia rzeczonych okoliczności. Odwołujący swoją ocenę sytuacji z Miastem Katowice ujawnił dopiero po piśmie Zamawiającego z dnia 17.01.2020 r., w którym ten wskazał, że powziął informację o tej sytuacji „z zewnątrz", nie z dokumentacji składanej przez Odwołującego. Takie działanie Odwołującego nie może zasługiwać na ochronę. Zasadnie bowiem podnosili Zamawiający i Przystępujący, że zaznaczenie „TAK" w odpowiedzi na rzeczone pytanie, nie zamyka drogi do uzyskania zamówienia. W żadnym wypadku nie stanowi to uznania skuteczności odstąpienia - bowiem w dalszej części JEDZ wykonawca ma możliwość przedstawienia swojego stanowiska w odniesieniu do zaistniałej sytuacji - zarówno na potrzeby zamawiającego jak i z ostrożności - dla innych postępowań, w tym cywilnych. Jednocześnie zaznaczenie „TAK" i opisanie sytuacji otwiera Zamawiającemu możliwość własnej jej oceny i podjęcia odpowiednich decyzji w postępowaniu. W sytuacji podjęcia decyzji negatywnej dla wykonawcy - uznania, że ziściła się przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawca ma możliwość zaskarżenia takiej decyzji i poddania jej pod ocenę KIO. Tymczasem, w przypadku zaznaczenia „NIE" wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie" i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy ww. pytanie JEDZ.

Skład orzekający zaznacza, że nie jest przedmiotem rozpoznania skuteczność odstąpienia przez Miasto Katowice od umowy z COIG, ani możliwość zakwalifikowania tej czynności w odniesieniu do przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i jedynie zaistnienie sytuacji o której mowa w tym przepisie było przez Izbę badane. W niniejszej sprawie bezsporną była okoliczność, że Miasto Katowice wyraziło wolę odstąpienia od umowy z COIG, że umowa ta nie jest wykonywana. Ponadto jak wynika z treści odwołania, Odwołujący przygotowywał się do wejścia w spór sądowy z Zamawiającym, który obecnie się toczy. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący - celem umożliwienia sobie samemu wyjaśnienia okoliczności odstąpienia przez Miasto Katowice oraz pozwolenia Zamawiającemu zweryfikowania tych wyjaśnień, winien był zaznaczyć w JEDZ odpowiedź „TAK" na rzeczone pytanie. Działanie Odwołującego w tej sprawie, jak wskazano powyżej, mogło wprowadzić w błąd Zamawiającego i zadecydować o treści jego czynności - dotyczyło bowiem okoliczności odnoszących się do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Fakt, że Zamawiający wiedzę o odstąpieniu od umowy przez Miasto Katowice powziął samodzielnie, nie zaś z dokumentów uzyskanych w postępowaniu od COIG pokazuje wagę naruszenia transparentności przez działanie Odwołującego. Takie zachowanie Odwołującego nie zasługuje na ochronę, a także wpisuje się w przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co szeroko zostało opisane powyżej. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo zastosował powołany artykuł i nie doszło do naruszenia ustawy Pzp.

Tytułem uzupełnienia dodać należy, że nie ma racji Odwołujący wskazując, że nieadekwatny do niniejszej sprawy jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.10.2017 r. wydany w sprawie XXIII Ga 928/17. Odwołujący powołuje się jedynie na fragment, w którym Sąd wskazał, że w sprawie bezsporne było, że nastąpiło rozwiązanie przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie innego zamówienia publicznego. Odwołujący zdaje się celowo pomija kluczowe ustalenie Sądu, które przesądza o analogiczności ww.

sprawy do niniejszego postępowania - o wykonawcy - „nie wypełniło tej rubryki gdyż uznało, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinno było to uczynić". Podobnie w rozpatrywanej sprawie, Odwołujący podnosi, że nie zaznaczył „TAK" gdyż sam uznał, że nie znajdował się w ww. sytuacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że w odniesieniu do Odwołującego zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z postepowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Nie doszło zatem do naruszenia rzeczonego artykułu i odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp upatrywał w nazbyt lakonicznym uzasadnieniu wykluczenia go z postępowania, przekazanym w piśmie z dnia 9.03.2020 r. Odwołujący podniósł, że zawarte w nim informacje uniemożliwiają jednoznaczną identyfikację powodów wykluczenia go z postepowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - bowiem nie wskazano nawet, jakie informacje Zamawiający uznał za wprowadzające w błąd.

W ocenie Izby powyższy zarzut jest bezzasadny. Jakkolwiek należy przyznać rację, że uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z dnia 9.03.2020 r. było lakoniczne, to nie można się zgodzić, iż Odwołujący nie miał możliwości identyfikacji, co dokładnie legło u podstaw rzeczonej decyzji Zamawiającego. Po pierwsze - Odwołujący doskonale rozpoznał przyczynę wykluczenia go z postępowania, gdyż prawidłowo podniósł w rozpoznawanej sprawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, w jego uzasadnieniu celnie wskazując na przyczyny decyzji Zamawiającego. Po drugie - w piśmie z dnia 17.01.2020 r. Zamawiający zapowiedział wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - dokładnie wskazując, że jako przedstawienie informacji wprowadzających w błąd uznał zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytanie dotyczące znajdowania się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa została rozwiązania przed czasem. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący jeszcze tego samego dnia skierował do Zamawiającego pismo, w którym wywodził, że żadna podstawa wykluczenia w stosunku do niego nie zachodzi. Zatem Odwołujący miał pełną świadomość przyczyn wykluczenia go z postępowania. Wobec zapowiadającej treści pisma z dnia 17.01.2020 r. i odpowiedzi na nie Odwołującego, nie sposób uznać, by informacja przekazana na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w dniu 9.03.2020 r. była niewystarczająca.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła omawiany zarzut, stwierdzając brak naruszenia ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....