

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "S." Usługi Transportowe K. S., ul. Spółdzielcza 5, 05-075 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, Dzielnica Wola, Al. Solidarności 90, 01-003 Warszawa,

przy udziale wykonawcy: B. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatna Komunikacja Samochodowa "P.K.S. GABO" B. Z., ul. Witosza 6/8, 07-200 Wyszaków

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2348/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "S." Usługi Transportowe K. S., ul. Spółdzielcza 5, 05-075 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "S." Usługi Transportowe K. S., ul. Spółdzielcza 5, 05-075 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wola, z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dowóz dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Warszawie na terenie Dzielnicy Wola wraz z zapewnieniem im opieki w czasie dowożenia w roku szkolnym 2021/2022”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00075477/01 w dniu 8 czerwca 2021 r.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 30 lipca 2021 r.

Wykonawca: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Transportowe „S.” K. S., z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PRYWATNA KOMUNIKACJA SAMOCHODOWA P.K.S. GABO B. Z., z siedzibą w Wyszku (dalej zwany „PKS Gabo”),

2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PKS Gabo, wobec zaistnienia podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 128 ust 1 Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy PKS Gabo do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp,

2. art. 128 ust 1 Pzp, poprzez drugie wezwanie wykonawcy PKS Gabo do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp, pomimo, że pierwotnie uzupełnione oświadczenie zawierało informacje nieprawdziwe w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania,

3. art. 128 ust 1 Pzp w zw. z art. 110 ust 2 Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy PKS Gabo

do złożenia samooczystczenia pomimo, że wykonawca ten twierdził w uzupełnionym uprzednio oświadczeniu w trybie art. 125 ust. 1 Pzp, że nie podlega wykluczeniu, co uniemożliwia zastosowanie procedury samooczystczenia, a istotą procedury samooczystczenia jest dokonanie jej z inicjatywy wykonawcy, którego dotyczy przesłanka wykluczenia, nie zaś na wezwanie Zamawiającego,

4. art. 226 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 109 ust 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty wykonawcy PKS Gabo jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu, tj.:

- który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oraz który zataił te informacje przed zamawiającym;

- który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu w zakresie treści oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu, a także o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą, mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert przy odrzuceniu oferty wykonawcy PKS Gabo.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego, zgodnie z rankingiem ofert, uplasowała się na drugiej pozycji.

Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności dowóz dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Warszawie na terenie Dzielnicy Wola wraz z zapewnieniem im opieki w czasie dowożenia w roku szkolnym 2021/2022, tj. od 01.09.2021 r. do 31.08.2022 r. Dowóz będzie odbywał się na trasie z domów do szkół/placówek oświatowych zlokalizowanych na

terenem m. st. Warszawy i z powrotem, do szkół/ośrodków znajdujących się poza terenem m.st. Warszawy, zgodnie z kalendarzem roku szkolnego 2021/2022 oraz do placówek, w których odbywają się zajęcia w ramach akcji „Zima/Lato w Mieście” podczas ferii zimowych i wakacji.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki oraz sposób świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia, zawarte zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ wraz z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy oraz Formularzu cenowym, który stanowi załącznik nr 6 do SWZ.

Zgodnie z art. 109 Pzp, Zamawiający przewidział w postępowaniu weryfikację fakultatywnych podstaw wykluczenia - Rozdział VI SWZ pkt. 1.2, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ Opis sposobu przygotowania oferty, Wykaz oświadczeń /dokumentów wymaganych w postępowaniu w tym podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in.:

- oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, stanowiącego dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego środki dowodowe, o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

Wzór oświadczenia zawiera w szczególności oświadczenie wykonawcy w zakresie podstaw wykluczenia oraz dodatkowo wykonawca składał również odrębne oświadczenie, że wszystkie informacje podane w powyższym oświadczeniu są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu tych informacji.

Wykonawca PKS Gabo złożył wraz z ofertą oświadczenie na Załączniku nr 1, zaznaczając w jego treści, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Oświadczenie to nie zostało jednak podpisane przez wykonawcę wymagany podpisem elektronicznym.

W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 21.06.2021r. wezwał wykonawcę PKS Gabo w trybie art. 128 ust 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia.

Wykonawca PKS Gabo uzupełnił na wezwanie Zamawiającego wymagane oświadczenie, które zawiera potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, w szczególności w zakresie wszystkich fakultatywnych przesłanek wykluczenia, a także zapewnienie dotyczące prawdziwości podanych informacji.

Zdaniem Odwołującego, w konsekwencji powyższych czynności dopuszczalna procedura uzupełniania oświadczenia w trybie art. 128 ust 1 Pzp została wyczerpana i nie może być ponowiona kolejny raz. Pierwotnie złożone oświadczenie było niepodpisane, a zatem wezwanie do uzupełnienia miało związek z faktem niezłożenia wymaganego oświadczenia. Jedyną możliwością uzupełnienia oświadczenia było dokonanie tego skutecznie, tak co do treści jak i formy, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2021 r. Tym samym wiążącym i ważnym oświadczeniem jakie nie mogło już następnie ulegać zmianom wskutek kolejnych wezwań do uzupełnienia było oświadczenie z dnia 25.06.2021 r. Jednak w dalszym toku postępowania, w odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia z art. 125 ust 1 Pzp, oświadczeniem złożonym przy piśmie z dnia 21.07.2021 r. wykonawca PKS Gabo zmienił powyższe oświadczenie, stwierdzając, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie wykonawca oświadczył, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 Pzp, podjął czynności, które potwierdzają jego rzetelność.

Jeśli zatem jest tak, że wykonawca PKS Gabo potwierdził w oświadczeniu złożonym po raz kolejny w tym samym postępowaniu, że podlega wykluczeniu z postępowania, a oświadczenie to jest drugim i niedozwolonym uzupełnieniem tego oświadczenia, to uzupełnione oświadczenie z dnia 25.06.2021 r. jest definitywnie obowiązującym w postępowaniu, a jednocześnie oświadczeniem nieprawdziwym i wprowadzającym w błąd.

Uwzględniając fakt, że czynność Zamawiającego z dnia 21.06.2021 r. - wezwanie do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 128 ust 1 Pzp - skonsumowała uprawnienie do wzywania i uzupełniania tego samego oświadczenia, uznać należy, że zarówno wezwanie

Zamawiającego z dnia 19.07.2021r., jak również w konsekwencji drugie uzupełnienie oświadczenia przez PKS Gabo przy piśmie z dnia 21.07.2021 r., zostały dokonane z naruszeniem Pzp. Orzecznictwo KIO w tym zakresie jest jednolite. Odwołujący wskazał na orzeczenia np.: KIO 1432/19 wyrok z dnia 9 sierpnia 2019 r., KIO 1621/20 wyrok z dnia 11 sierpnia 2020 r., KIO 1150119 wyrok z dnia 5 lipca 2019 r.

W ocenie Odwołującego, doszło dodatkowo do niedozwolonego wezwania do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 128 ust 1 Pzp także wobec faktu, że jak wynika z oświadczeń PKS Gabo - oświadczenie pierwotnie uzupełnione było nieprawdziwe i wprowadzające w błąd.

W wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczenia, dokument uzupełniony w dniu 25.06.2021 r. zawiera wprost oświadczenie, że wykonawca zapewnia o braku podstaw wykluczenia z postępowania i poświadcza, że oświadczenie jakie składa jest prawdziwe i rzetelne. Skoro tak, a złożone w dniu 21.07.2021 r. drugie uzupełnienie oświadczenia potwierdza, że jednak wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, to oświadczenie uzupełnione 25.06.2021 r. było nieprawdziwe. W konsekwencji uznać należy, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust 1 Pzp do drugiego uzupełnienia. Przepis art. 128 ust 1 Pzp w odniesieniu do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania oświadczeń/dokumentów nieprawdziwych w celu zastąpienia ich prawdziwymi. Orzecznictwo Izby w tym zakresie jest jednolite: tak wyrok sygn. akt KIO 3387/20 z dnia 22 stycznia 2021 r., wyrok sygn. akt KIO 2239/19 z dnia 19 listopada 2019 r., analogicznie m.in. wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 600/20.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powziął wiedzę w przedmiocie wypowiedzenia poprzedniej umowy i podstawie wykluczenia wykonawcy PKS Gabo od Odwołującego, który przekazał mu pismem z dnia 23.06.2021 r. informacje w tym zakresie wraz z oświadczeniem o wypowiedzeniu umowy pomiędzy wykonawcą a Miastem Stołecznym Warszawa, Dzielnica Śródmieście, z tytułu nienależytego wykonania umowy i z tytułu niewykonania umowy nr ŚRÓ/WOF/B/V/1/29/23/2018/1131/29/19/2042 z dnia 28 sierpnia 2018 r. dotyczącej świadczenia usług transportowych w zakresie dowożenia dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Warszawie na obszarze dzielnicy Śródmieście z domu do szkoły i z powrotem wraz z zapewnieniem im opieki w czasie dowożenia. Skala stwierdzonych nieprawidłowości w ramach tej umowy miała charakter drastyczny - łącznie naliczono aż 43 kary umowne w ciągu 1,5 miesiąca trwania umowy.

Wykonawca PKS Gabo, po pierwsze, wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania, a po drugie, zataił świadomie i celowo fakt niewykonania powyższego zamówienia publicznego i wypowiedzenia umowy.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że procedura samooczyszczenia winna być dokonywana z własnej inicjatywy wykonawcy (self), którego przesłanka wykluczenia dotyczy, a dodatkowo powinna być realizowana w fazie składania oświadczenia o podstawach wykluczenia, a nie dopiero po ustaleniu przez Zamawiającego faktu zatajenia takich informacji i zaistnienia podstaw wykluczenia. Jeśli bowiem wykonawca uważa, że przesłanka wykluczenia nie ma miejsca, to samooczyszczenie jest zbędne, a o ile podstawa wykluczenia ma miejsce, to następuje samooczyszczenie jako warunek niewykluczenia z postępowania. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu, samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach faktycznych sprawy wykonawca PKS Gabo twierdzi, że nie podlega wykluczeniu (vide oświadczenie w trybie art. 125 Pzp złożone wraz z ofertą i uzupełnione pierwotnie) ale nawet przy piśmie z dnia 27.07.2021 r., w którym doszło do uzupełnienia oświadczenia z potwierdzeniem zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawca stwierdził „Odnosząc się do meritum skierowanego wystąpienia na wstępie chciałbym raz jeszcze zaznaczyć, że nie są mi znane szczegółowe okoliczności, z powodu których po Państwa stronie zaistniały wątpliwości, co do treści pierwotnie złożonego z mojej strony oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Tym niemniej przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. Z tego też względu, z najdalej idącej ostrożności, w załączeniu, w części jawnej wyjaśnień, przedstawiam oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP, zaś w dalszej części — objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia, zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp.” Trudno w takiej sytuacji uznać zarówno oświadczenie o podstawach wykluczenia, jak i tym bardziej samooczyszczeniu za rzetelne i wiarygodne.

Jeśli wykonawca uznawał, że wykluczeniu faktycznie nie podlega, to w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, winien był wnieść wobec wezwania odwołanie, czego jednak nie uczynił.

Ponadto przepisy Pzp nie przewidują procedury wezwania do złożenia/uzupełnienia samooczyszczenia ponieważ inicjatywę taką winien właśnie wykazać wykonawca, którego podstawa wykluczenia dotyczy już na etapie składania oświadczenia o podstawach wykluczenia.

W przedmiotowym postępowaniu procedura „samooczyszczenia” jest składana po ustaleniu przez Zamawiającego (i przyznaniu przez wykonawcę PKS Gabo), że podstawa wykluczenia faktycznie występuje w stosunku do wykonawcy.

Potwierdza powyższe orzecznictwo KIO m.in. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1179/19, wyrok z dnia 28 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 274/18.

W ocenie Odwołującego, mamy do czynienia z sytuacją kiedy wykonawca PKS Gabo w wyniku zamierzonego działania lub też co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Wprowadzenie w błąd dotyczy wprost oświadczenia dotyczącego braku podstaw wykluczenia z postępowania, które wykonawca składał dwukrotnie w tym samym postępowaniu (wraz z ofertą oraz w wyniku wezwania do uzupełnienia). W obydwu przypadkach oświadczenie jednoznacznie wskazuje, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, przesłanka dotyczy więc podania nieprawdziwych informacji o braku podstaw wykluczenia.

Potwierdza powyższe jednoznacznie drugie uzupełnienie oświadczenia z art. 125 ust 1 Pzp przy piśmie z dnia 21.07.2021 r., w którym wykonawca PKS Gabo ostatecznie potwierdził i przyznał, że jednak podlega wykluczeniu z postępowania - zatem poprzednie oświadczenia w tym zakresie nie były prawdziwe.

Odwołujący podkreślił, że formularz oświadczenia w trybie art. 125 ust 1 Pzp stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ zawiera dodatkowe oświadczenie wykonawcy nt. prawdziwości złożonego oświadczenia w brzmieniu. Składając oświadczenie w trybie art. 125 ust 1 Pzp, wykonawca automatycznie składał także powyższej treści oświadczenie. Skoro zatem ostatecznie oświadczenie, jakie zostało złożone w postępowaniu przez wykonawcę PKS Gabo, potwierdza, że wykonawca podlega wykluczeniu, to poprzednie oświadczenia w tym zakresie zawierały informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PKS Gabo pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 8 oraz 10 Pzp w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp.

Wykonawca PKS Gabo, składając pierwotnie wraz z ofertą oraz uzupełniając na wezwanie Zamawiającego, oświadczenie w trybie art. 125 ust 1 Pzp, potwierdził, że nie podlega wykluczeniu w szczególności z art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp.

Przesłanka wskazuje, że podlega wykluczeniu wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Jak wynika z dokumentów złożonych w postępowaniu, zarówno przez Odwołującego (pismo z dnia 23.06.2021 r. wraz z oświadczeniem poprzedniego Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, Dzielnica Śródmieście), jak i korespondencji własnej Zamawiającego z Dzielnicą Śródmieście (w aktach postępowania pismo z dnia 8.07.2021 r.), faktycznie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę PKS Gabo, co najlepiej podsumował sam aktualny Zamawiający w piśmie z dnia 19.07.2021 r. kierowanym do wykonawcy PKS Gabo.

Ustalenia Zamawiającego dowodzą, że Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca PKS Gabo podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp. Skoro takie było ustalenie Zamawiającego, to nie ma wątpliwości, że oświadczenie jakie składał przy ofercie i uzupełnił w zakresie podstaw wykluczenia, także w odniesieniu do art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp, wprowadzało Zamawiającego w błąd i zawierało informacje nieprawdziwe, a wykonawca zatajał te informacje przed Zamawiającym. W tej sytuacji prowadzące w błąd oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania także na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp, nie podlega procedurze uzupełniania w trybie art. 128 ust 1 Pzp (zastąpienie informacji nieprawdziwych prawdziwymi), a ponadto samo w sobie stanowi podstawę wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 Pzp, którego konsekwencją winno być odrzucenie oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp.

Wykonawca B. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatna Komunikacja Samochodowa "P.K.S. GABO" B. Z., z siedzibą w Wyszku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał na rozprawie stanowisko przedstawione w piśmie procesowym z dnia 23 sierpnia 2021 r. Przystępujący podkreślił, że przepisy Pzp pozostawiają wykonawcy decyzję co do skorzystania z procedury self-cleaning oraz wskazał na praktykę, którą

potwierdza niniejsza sprawa, jak i przypadek postępowania prowadzonego przez Dzielnicę Wawer, że Zamawiający podejmują inicjatywę przeprowadzenia procedury self-cleaning przez wykonawcę.

Przystępujący podkreślił, że składając wyjaśnienia Zamawiającemu szczegółowo wyjaśnił dlaczego przyjął ocenę, że w jego przypadku brak było podstaw wykluczenia, w związku z czym złożył stosowne oświadczenie.

Przystępujący podkreślił także, że Odwołujący nie wykazał złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. W ocenie Przystępującego, treść oświadczenia złożonego w ramach pierwszego uzupełnienia, jak i ponownego uzupełnienia, ma charakter wtórny w stosunku do okoliczności, na podstawie których wykonawca dokonywał oceny, czy podlegał wykluczeniu.

W ocenie Przystępującego, pismo z 08.07.2021 r. Dzielnicy Śródmieście nie jest dowodem na wystąpienie podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2021 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego

Zamawiający podniósł, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez PKS Gabo przy przedstawianiu informacji w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp złożonym w dniu 23.06.2021 r. twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne. Zamawiający po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających, w tym za poznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez PKS Gabo w trybie wyjaśniania oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp oraz w trybie self-cleaning stwierdził, że wykonawcy nie sposób zarzucić świadomego czy też wynikającego z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzenia w błąd.

Ze złożonych wyjaśnień wynika, że brak złożenia przez PKS Gabo oświadczenia o tym, że materializuje się wobec niego przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp od razu wraz z ofertą nie wynikał z jego celowego działania, tylko z odmiennej oceny co do tego, czy okoliczności rozwiązania umowy z dzielnicą Śródmieście mieszczą się w dyspozycji ww. przesłanki wykluczenia, a wskazać należy że ocena dokonywana przez konkretną osobę zawsze jest naznaczona znamieniem subiektywizmu. Zamawiający w niniejszej sprawie uwzględnił wszystkie okoliczności toczącego się postępowania, również sposób świadczenia przez wykonawcę tożsamych usług, których całokształt pozwala Zamawiającemu uznać PKS Gabo za wykonawcę rzetelnego, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

PKS Gabo złożył oświadczenie na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w dniu 21.06.2021 r. Wezwanie było konsekwencją wady formalnej, gdyż oświadczenie złożone wraz z ofertą nie zostało podpisane w sposób określony w SWZ. W złożonym oświadczeniu PKS Gabo wskazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp.

W dniu 23.06.2021 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wraz z załącznikiem od Odwołującego informujące, iż w dniu 18 października 2018 r. Członkowie Zarządu Dzielnic Śródmieście m.st. Warszawy wypowiedzieli zawartą w dniu 28 sierpnia 2018 r. umowę nr ŚRÓ/WOF/B/V/1/29/23/2018/1131/29/19/2042 dotyczącą „świadczenia usług transportowych w zakresie dowożenia dzieci niepełnosprawnych (...)”, zwaną dalej także umową, której stroną, jako członek konsorcjum był PKS GABO. Załącznikiem do pisma była kopia ww. wypowiedzenia umowy, tj. „Oświadczenia o wypowiedzeniu umowy”.

Zamawiający wyjaśnił, że dochowując należytej staranności zweryfikował ww. informację, zwracając się między innymi do PKS Gabo o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 05.07.2021 r. i 08.07.2021 r. PKS Gabo potwierdził, że ww. umowa została rozwiązana, jednocześnie, że była to sytuacja przez niego niezamierzona i niezawiniona. PKS Gabo wyczerpująco opisał realizację umowy, dołączając do wyjaśnień dowody. W przekazanych wyjaśnieniach, PKS GABO wskazał między innymi, iż:

- stroną umowy było konsorcjum składające się z PKS Gabo i WlaTrans Usługi Transportowe J. W.,

- 43 przypadki naliczenia kar umownych, nie stanowiły przypadków w których można by przyjąć, że w sposób zawiniony poważnie naruszone zostały obowiązki zawodowe. Wykonawca zaznaczył, że jego wyjaśnienia odnosiły się do okoliczności naliczenia kar

umownych w związku z usługami świadczonymi przez niego, jako członka konsorcjum (a nie w odniesieniu do kar naliczonych całemu konsorcjum), szczegółowo je opisując, tj.:

- jednego przypadku świadczenia usługi przez inny pojazd niż zgłoszony Zamawiającemu, co było spowodowane awarią samochodu (nie zostało w tym przypadku złamane prawo, ponieważ samochód był zgłoszony do licencji, na podstawie której była świadczona usługa), braku przewozu jednego dziecka (3 razy), ponieważ opiekun oczekiwał odwiezienia dziecka w kursie powrotnym pod inny adres niż domowy, a położony w innej dzielnicy, co było niezgodne z zawartą umową, brak przewozu jednego dziecka, spowodowany awarią samochodu i oświadczeniem opiekuna, iż nie będzie oczekiwał na samochód zastępczy. Powyższe zostało potwierdzone przez Pana J. W. w dołączonym do wyjaśnień oświadczeniu.

PKS Gabo wskazał, iż po ponownej weryfikacji posiadanych dokumentów oraz okoliczności towarzyszących realizacji przywołanej umowy, w jego ocenie nie zaistniała przesłanka, określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i stąd brak wskazania w treści złożonego oświadczenia informacji, że w stosunku do wykonawcy zachodzi ww. przesłanka wykluczenia z postępowania i w pełni podtrzymuje treść złożonego oświadczenia.

Zamawiający uznał w zaistniałej sytuacji, że poprzestanie wyłącznie na wyjaśnieniach otrzymanych od PKS Gabo może zostać odebrane za niedochowanie należytej staranności przy ocenie rzetelności wykonawcy, stąd celem rozwiania wszelkich wątpliwości umożliwił PKS Gabo przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, w ramach której wykonawca mógłby wyczerpująco i w sposób nie budzący wątpliwości wykazać swoją rzetelność. W wystosowanym wezwaniu PKS Gabo został poinformowany, iż może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp.

Wykonawca skorzystał z przysługującego mu uprawnienia, przedstawił dodatkowe wyjaśnienia w zakresie odpowiadającym dyspozycji art. 110 ust. 2 Pzp, stąd Zamawiający ostatecznie uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z prowadzonego postępowania.

Towarzyszącę wszczęciu tej procedury wezwanie do złożenia oświadczenia było konieczne dla zapewnienia spójności dokumentacji postępowania i odzwierciedlenia jego przebiegu. Skoro bowiem PKS Gabo skorzystałby z możliwości przeprowadzenia samooczyszczenia, to w dokumentacji postępowania musi się znajdować stosowne oświadczenie, że podlega wykluczeniu na określonej podstawie prawnej, ale przeprowadził stosowne czynności które potwierdzają jego rzetelność. Przejawem niedopuszczalnego formalizmu w postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, byłoby uniemożliwienie przeprowadzenia samooczyszczenia wykonawcy tylko dlatego, że uprzednio był on wezwany do uzupełnienia oświadczenia wstępnego, ze względu na wadę formalną — załączenie do oferty niepodpisanego oświadczenia.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem bezprawności czynności wezwania PKS Gabo do złożenia samooczyszczenia.

Zamawiający wskazał, iż powyższa kwestia była rozpatrywana przez TSUE w sprawie RTS Infra BVBA, wyrok z 14.1.2021 r. C-387/19. Takie samo stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. XXIII Ga 1811/18. Sąd w Warszawie. Zamawiający powołał się także na komentarz do art. 110 Pzp: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz — LEX, w którym autor wskazuje, iż: Należy się opowiedzieć za poglądem, zgodnie z którym również w sytuacji, gdy wykonawca ocenia, że nie podlega wykluczeniu, zamawiający natomiast na podstawie różnych dowodów ustala, że przesłanka wykluczenia zachodził dopuszczalne jest przeprowadzenie przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. Intencją wprowadzenia tej instytucji jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy podjęli odpowiednie działania i są zdolni do wykonania zamówienia. Służy to również podniesieniu konkurencyjności postępowań. Inna wstępna ocena stanu faktycznego przez wykonawcę i zamawiającego nie powinna być przeszkodą w zastosowaniu tej instytucji. Orzecznictwo KIO także potwierdza, iż czynność Zamawiającego, dotycząca wszczęcia procedury samooczyszczenia była zgodna z prawem zamówień publicznych, zaś zarzuty Odwołującego w powyższym zakresie są bezpodstawne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że w dokumentach zamówienia nie zostało określone, iż dowód podjęcia środków naprawczych może zostać przedstawiony przez wykonawcę tylko z własnej inicjatywy w chwili składania oferty.

W dniu 22.07.2021 r. PKS Gabo, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dostarczył Zamawiającemu wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia wraz z załącznikami oraz poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w którym wskazał, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania, wskazana w art.

109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie wykonawca wyczerpująco ustosunkował się do przestanków wskazanych w art. 110 ust. 2 Pzp.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem dotyczącym dwukrotnego wezwania PKS Gabo do uzupełnienia oświadczenia. Zdaniem Zamawiającego, nie można porównywać sytuacji dwukrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu w przypadku gdy uzupełnienia w obu wezwaniach dotyczą treści dokumentu i sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu. Pierwsze wezwanie było wynikiem tylko wady formalnej — braku podpisu i zostało skierowane do wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, a drugie - na podstawie art. 110 ust. 2 i art. 128 ust. 1 Pzp w ramach uruchomionej procedury samooczystczenia, w którym Zamawiający określił precyzyjnie zakres wymaganych wyjaśnień i szczegółowo wymienił swoje uwagi odnośnie treści złożonego oświadczenia, co wynikało z wymogu (wynikającego m.in. z powołanego wcześniej wyroku TSUE) umożliwienia PKS Gabo przeprowadzenia procedury samooczystczenia. Zamawiający przywołał tezę z wyroku KIO 1716/13 z dnia 30 lipca 2013 r.

Po analizie wyjaśnień z dnia 05.07.2021 r., 08.07.2021 r. i 22.07.2021 r. złożonych przez PKS Gabo oraz dowodów złożonych wraz z wyjaśnieniami Zamawiający ocenił je jako wyczerpujące, spójne i logiczne. Zdaniem Zamawiającego, PKS Gabo nie można postawić zarzutu działania z zamiarem czy też wynikającego z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzenia w błąd. W omawianym przypadku stroną wypowiedzianej umowy było konsorcjum w skład którego wchodziło dwóch wykonawców.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. W wyroku KIO 1331/18 z dnia 09.08.2018 r. skład orzekający wskazał, iż nieprawidłowe jest stanowisko, jakoby bycie członkiem konsorcjum obarczało każdego z jego członków w takim samym stopniu winą za niewłaściwe wykonanie, czy też wykonywanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane stosownie do art. 555 Pzp, tj. w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu oraz z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca B. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatna Komunikacja Samochodowa "P.K.S. GABO" B. Z. w Wyszku skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.),

Zgodnie z postanowieniami rozdziału II pkt 2.1 SWZ:

„Przedmiotem udzielanego zamówienia jest dowóz dzieci niepełnosprawnych

zamieszkałych w Warszawie na terenie Dzielnicy Wola wraz z zapewnieniem im opieki w czasie dowożenia w roku szkolnym 2021/2022, tj. od 01.09.2021 r. do 31.08.2022 r.

Dowóz będzie odbywał się na trasie z domów do szkół/placówek oświatowych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy i z powrotem, do szkół/ośrodków znajdujących się poza terenem m.st. Warszawy, zgodnie z kalendarzem roku szkolnego 2021/2022 oraz do placówek, w których odbywają się zajęcia w ramach akcji „Zima/Lato w Mieście” podczas ferii zimowych i wakacji.

Ze względu na mobilność mieszkańców oraz specyficzne cechy dzieci dowożonych, w tym predyspozycje psychiczne i fizyczne zamówienie obejmuje cały obszar Dzielnicy Wola.

Samochody używane do przewozu nie mogą być samochodami sanitarnymi, karetkami, które zajmują się przewożeniem pacjentów szpitalnych, dializowanych oraz materiału biologicznego. Trasy przewozu dzieci wyszczególnione są w załączniku nr 2 do wzoru umowy (załącznik nr 7 do SWZ).

Wykaz przedstawia trasy przewozu dla 60 dzieci. Zamawiający, w ramach realizacji zamówienia, dopuszcza możliwość zwiększenia liczby przewożonych dzieci do maksymalnie 66 dzieci. W przypadku zgłoszenia przez rodziców nowych dzieci do przewozu zamawiający będzie zwiększał liczbę uczniów objętych dowozem, przekazując stosowną informację Wykonawcy usługi. Wykonawca kalkulując cenę oferty musi uwzględnić maksymalną liczbę dzieci, które mogą być objęte zamówieniem, tj. 66 dzieci. 25 uczniów wymaga szczególnej opieki podczas transportu z domu do szkoły/placówki i z powrotem, w tym 6 poruszających się na wózkach inwalidzkich, 43 upośledzonych umysłowo i 8 chorych na epilepsję.

Dwoje dzieci ze względu na potrzebę wykonywania zabiegów medycznych podczas transportu wymaga dowozu indywidualnego z możliwością sprawowania opieki rodzica i podczas tego dowozu nie będzie wymagany udział opiekuna.

Jedno dziecko poruszające się na wózku inwalidzkim ze względu na zachowania autoagresywne wymaga transportu indywidualnego i indywidualnego opiekuna.

Do podstawowych problemów zdrowotnych występujących u pozostałych dzieci należą między innymi: niedowidzenie, mutyzm (dziecko nie komunikuje się słownie z otoczeniem), występowanie zachowań agresywnych lub autoagresywnych. Należy podkreślić, że u niektórych dzieci występuje jednocześnie kilka problemów, np. poruszanie się na wózku inwalidzkim i niebezpieczeństwo wystąpienia ataku padaczkowego."

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki oraz sposób świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia, zawarte zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ wraz z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy oraz Formularzu cenowym, który stanowi załącznik nr 6 do SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu nie była sporna pomiędzy stronami okoliczność, że Zamawiający przewidział w rozdziale VI pkt 1.2 SWZ, weryfikację fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp:

- który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
- który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ Opis sposobu przygotowania oferty, Wykaz oświadczeń /dokumentów wymaganych w postępowaniu w tym podmiotowe środki dowodowe, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in.:

- oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, stanowiącego dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego środki dowodowe, o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ - oświadczenie wykonawcy w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp.,

Wykonawca PKS Gabo złożył wraz z ofertą oświadczenie na Załączniku nr 1, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Oświadczenie powyższe zostało uzupełnione przez wykonawcę w dniu 25.06.2021 r.

na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2021r. na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp z uwagi na brak wymaganego podpisu elektronicznego.

W dalszym toku postępowania, na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.07.2021r. do uzupełnienia oświadczenia z art. 125 ust 1 Pzp, w związku z uzyskaniem przez

Zamawiającego informacji o rozwiązaniu przez Miasto Stołeczne Warszawa, Dzielnica Śródmieście, z tytułu nienależytego wykonania umowy z dnia 28 sierpnia 2018 r. nr ŚRÓ/WOF/B/V/1/29/23/2018/1131/29/19/2042 dotyczącej świadczenia usług transportowych w zakresie dowożenia dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych w Warszawie na obszarze dzielnicy Śródmieście z domu do szkoły i z powrotem wraz z zapewnieniem im opieki w czasie dowożenia z Konsorcjum Iris, którego uczestnikiem był wykonawca PKS Gabo, wykonawca PKS Gabo uzupełnił oświadczenie w dniu 22.07.2021 r., potwierdzając, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz w związku z powyższą okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 Pzp, podjął on czynności, które potwierdzają jego rzetelność i brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający bowiem po analizie wyjaśnień i dokumentów złożonych przez wykonawcę na wezwanie z dnia 30 czerwca 2021 r. stwierdził, że wykonawca PKS Gabo nie był uprawniony w sposób arbitralny do oceny, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp lecz powinien wykazać w złożonym oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, fakt, iż z przyczyn rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia i została z nim rozwiązana umowa oraz, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że wykonawca PKS Gabo nienależycie wykonywał zamówienie, czego skutkiem było wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający na podstawie art. 110 ust. 2 Pzp wezwał zatem wykonawcę PKS Gabo do złożenia wyjaśnień odnośnie czynności podjętych przez wykonawcę w trybie art. 110 ust 2 Pzp, w celu wykazania jego rzetelności.

Ostatecznie Zamawiający uznał, że złożone przez wykonawcę PKS Gabo wyjaśnienia z dnia 21 lipca 2021 r. w trybie self-cleaning potwierdzają rzetelność tego wykonawcy i brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba zważyła, jak poniżej:

Zarzut naruszenia art. 128 ust 1 Pzp, poprzez nieuprawnione dwukrotne wezwanie wykonawcy PKS Gabo do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Kwestie związane z wzywaniem wykonawców do uzupełniania oświadczeń i dokumentów należy rozpatrywać w kontekście określonego przez Zamawiającego w wezwaniu zakresu uzupełnienia oświadczenia z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego w danej sprawie. W orzecznictwie Izby ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, zgodnie z którą powtórne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu uzupełnienia, tj. sytuacji, gdy wykonawca na pierwsze wezwanie skierowane przez zamawiającego nie uzupełnił danego dokumentu w zakresie określonym w wezwaniu.

W niniejszej sprawie pierwsze wystosowane przez Zamawiającego do wykonawcy PKS Gabo wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, dotyczyło uzupełnienia oświadczenia w związku z wadą formalną oświadczenia złożonego wraz z ofertą, tj. braku wymaganego podpisu w formie elektronicznej. Drugie wezwanie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, Zamawiający wystosował do wykonawcy na podstawie art. 110 ust. 2 i art. 128 ust. 1 Pzp w ramach zainicjowania przez Zamawiającego dokonania przez wykonawcę procedury

samooczyszczenia. Powyższe wezwanie było skierowane w oparciu o nowe, uzyskane przez Zamawiającego informacje, które Zamawiający szczegółowo przeanalizował i precyzyjnie opisał w treści tego wezwania. Ponowne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia było zatem wynikiem ujawnienia nowych okoliczności oraz dotyczyło innego zakresu uzupełnienia w porównaniu z pierwszym wezwaniem.

Izba stoi na stanowisku, że zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów należy odnosić stricte do sytuacji gdy wezwanie miałoby dotyczyć tych samych okoliczności. Zatem czynność Zamawiającego z dnia 21.06.2021 r. - wezwanie do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 128 ust 1 Pzp, nie skonsumowała uprawnień do uzupełnienia oświadczenia na wezwanie Zamawiającego z dnia 19.07.2021r., co zarzucał Odwołujący.

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 128 ust 1 Pzp, poprzez drugie wezwanie wykonawcy PKS Gabo do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust 1 Pzp, pomimo, że pierwotnie uzupełnione oświadczenie zawierało informacje nieprawdziwe w zakresie braku podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez PKS Gabo przy przedstawianiu informacji w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, złożonym przez PKS Gabo w dniu 23.06.2021 r. Izba zważyła, że pojęcie nieprawdziwej informacji nie ma legalnej definicji lecz ukształtowało się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - informacja nieprawdziwa to informacja niezgodna z rzeczywistością. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99, stwierdzono, że „Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”

W niniejszej sprawie zarzut złożenia nieprawdziwych informacji dotyczy oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, które to oświadczenie jest oświadczeniem o charakterze ocennym, wartościującym, tj. zawierającym subiektywną ocenę wykonawcy danego stanu faktycznego w kontekście przepisów formułujących przesłanki wykluczenia z postępowania. Oświadczenie takie nie zawiera twierdzenia co do faktów, tj. informacji, którym można przypisać prawdę lub fałsz w odniesieniu do rzeczywistości. Zauważyć należy, że podczas gdy istnienie faktów może zostać dowiedzione, prawdziwość oceny nie nadaje się do udowodnienia. W takiej sytuacji można jedynie rozważać, czy istnieją fakty, które uzasadniają kwestionowanie danej oceny przez pryzmat należytej staranności wykonawcy, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. W powyższym zakresie zarzuty ani wnioski dowodowe nie zostały przez Odwołującego sformułowane.

W ocenie Izby, w świetle złożonych przez wykonawcę PKS Gabo wyjaśnień i nieprzedstawienia przez Odwołującego dowodów przeciwnych, nie sposób zarzucić temu wykonawcy świadomego, czy też wynikającego z lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy złożeniu oświadczenia o braku przesłanek wykluczenia. Powyższe wynika niezbicie z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, w których wykonawca opisał szczegółowo okoliczności, którymi kierował się składając powyższe oświadczenie. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że pobudki wykonawcy przy składaniu tego oświadczenia były nakierowane czy też choćby dopuszczające wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Ze złożonych wyjaśnień jasno wynika, że wykonawca PKS Gabo składając ofertę dokonał odmiennej oceny (od Zamawiającego) okoliczności rozwiązania umowy z Dzielnicą Śródmieście, w kontekście przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zarówno złożone wraz z ofertą, jak i uzupełnione na pierwsze wezwanie, zawiera oświadczenie wykonawcy, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, co wykonawca przyjął na tej podstawie, że w znikomym stopniu przyczynił się do rozwiązania umowy pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawą Dzielnicą Śródmieście a Konsorcjum Iris w ramach którego realizował umowę nr ŚRÓ/WOF/B/V/1/29/23/2018/1131/29/19/2042 z dnia 28 sierpnia 2018 r., przy czym odpowiedzialność za naruszenie warunków umowy powinna być spersonalizowana do konkretnego wykonawcy w zakresie, w którym był on odpowiedzialny za realizację umowy, co wynika z treści przytoczonego przez wykonawcę wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4.5.2017r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdyż jeśli wykonawca ubiegając się indywidualnie o zamówienie nie może korzystać z doświadczenia wynikającego z całego zakresu zamówienia zrealizowanego w ramach konsorcjum, a jedynie może odwołać się do doświadczenia dla zakresu, jaki sam realizował, to konsekwentnie też przyjąć należy, że członek konsorcjum nie może ponosić na gruncie kolejnych postępowań negatywnych konsekwencji z tytułu działań podjętych przez innego członka takiego konsorcjum.

Zatem oświadczeniu wykonawcy PKS Gabo w trybie art. 128 ust. 1 Pzp pierwotnie uzupełnionemu nie można przypisać nieprawdziwości i wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co wyłączałoby wezwanie do uzupełnienia oświadczenia.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy PKS Gabo do złożenia samooczystczenia pomimo, że wykonawca ten twierdził w uzupełnionym uprzednio oświadczeniu w trybie art. 125 ust. 1 Pzp, że nie podlega wykluczeniu, co uniemożliwia zastosowanie procedury samooczystczenia, a istotą procedury samooczystczenia jest dokonanie jej z inicjatywy wykonawcy, a nie na wezwanie Zamawiającego.

Na wstępie zauważyć należy, że Zamawiający prawidłowo zweryfikował informację, że w dniu 18 października 2018 r. zamawiający, Dzielnica Śródmieście m.st. Warszawy, wypowiedział umowę nr ŚRÓ/WOF/B/V/1/29/23/2018/1131/29/19/2042 zawartą w dniu 28 sierpnia 2018 r., dotyczącą „świadczenia usług transportowych w zakresie dowożenia dzieci niepełnosprawnych (...)”, której stroną, jako członka Konsorcjum Iris był PKS Gabo. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz dodatkowo uzyskał informację wprost od ww. zamawiającego jako strony umowy (pismo z dnia 8.07.2021 r.).

W złożonych przez wykonawcę PKS Gabo wyjaśnieniach (z dnia 05.07.2021 r. 08.07.2021 r. i 21.07.2021 r.) PKS Gabo przyznał, że ww. umowa została rozwiązana, jednocześnie stwierdzając, że była to sytuacja przez niego niezamierzona i niezawiniona. PKS Gabo wyjaśnił sposób realizacji umowy i dołączył do wyjaśnień dowody w celu wykazania jego rzetelności. Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienia odnośnie okoliczności skutkujących naliczeniem kar umownych w związku z usługami świadczonymi przez Konsorcjum Iris jak i jego samego, jako członka Konsorcjum, co zostało potwierdzone przez drugiego uczestnika Konsorcjum - p. J. W. w złożonym wraz z wyjaśnieniami oświadczeniu (pismo z dnia 5.07.2021 r.).

Uwzględniając, że regulacja art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga szczegółowej analizy okoliczności ze strony Zamawiającego, w tym zindywidualizowania okoliczności odnoszących się do podmiotu, wobec którego powstają wątpliwości co do należytego wykonania innych zamówień oraz biorąc przy tym pod uwagę, że wykonawca PKS Gabo w ramach Konsorcjum Iris był stroną umowy, z którą zamawiający rozwiązał umowę realizowaną przez Konsorcjum, Zamawiający słusznie uznał, że przesłanka, określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, powinna zostać dogłębnie wyjaśniona i wyeliminowana, aby wykonawca PKS Gabo mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Poprzez wystosowanie stosownego wezwania Zamawiający umożliwił wykonawcy PKS Gabo przeprowadzenie procedury samooczystczenia, w ramach której wykonawca był uprawniony do wykazania swojej rzetelności, pomimo niezrealizowanej w ramach Konsorcjum Iris umowy.

Wykonawca w trybie self-cleaning (art. 110 ust. 2 Pzp) przedstawił dodatkowe wyjaśnienia, na podstawie których Zamawiający uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy PKS Gabo w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że Odwołujący nie kwestionował w ramach zarzutów zawartych w odwołaniu - merytorycznej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PKS Gabo w ramach self-cleaning.

Podkreślić też należy, że w świetle aktualnego orzecznictwa TSUE zarzut co do bezprawności zainicjowania przez Zamawiającego procedury self-cleaning, poprzez wezwanie wykonawcy PKS GABO do złożenia samooczystczenia, należało uznać za niezasadny.

Jak wskazał Trybunał w wyroku w sprawie RTS Infra BVBA, wyrok z 14.1.2021 r. C-387/19:

„Artykuł 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentów zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego

istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentów zamówienia.”

Jednocześnie TS zauważył, że „[...] w świetle samego brzmienia art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 pozostawiona wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych może równie dobrze zostać zrealizowana z jego inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak też można z niej skorzystać zarówno w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania. Wykładnię tę potwierdza cel art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Przepis ten stanowi bowiem, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, ma on więc na celu podkreślenie wagi przywiązywanej do rzetelności wykonawcy, a także zapewnienie obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 22). Tymczasem cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych, przy czym istotne jest to, by wykonawca miał możliwość wskazania oraz zwrócenia się o zbadanie środków, które jego zdaniem pozwalają doprowadzić do usunięcia podstawy wykluczenia, która go dotyczy.”

Natomiast „Z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, dokonanej w pkt 27-30 niniejszego wyroku, wynika, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, aby dany wykonawca z własnej inicjatywy lub na wyraźne żądanie instytucji zamawiającej przedstawił dowód podjęcia środków naprawczych, ani też temu, aby dowód ten został przedstawiony w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty lub na późniejszym etapie procedury udzielania zamówienia.”

TS wskazał również, że jeżeli państwo członkowskie przewiduje, iż dowód podjęcia środków naprawczych może zostać przedstawiony przez wykonawcę z własnej inicjatywy w chwili składaniu oferty, bez możliwości przedstawienia przez tego wykonawcę takiego dowodu na późniejszym etapie postępowania, to wykonawcy powinni zostać wcześniej poinformowani - w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny - o istnieniu tego obowiązku. Dodatkowo, taka informacja musi wynikać bezpośrednio z dokumentów zamówienia.

Podobne stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. XXIII Ga 1811/18. Sąd w Warszawie, wskazując, że nie istnieje cezurą czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy.

Izba zważyła, że ani Prawo zamówień publicznych, ani SWZ w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera regulacji odnośnie terminu dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia lub ograniczenia co do wszczęcia tej procedury wyłącznie z inicjatywy wykonawcy. Powyższe potwierdza, że czynności Zamawiającego, dotyczącej wezwania wykonawcy do wszczęcia procedury samooczyszczenia nie sposób postawić skutecznie zarzutu niezgodności z prawem.

Reasumując w dniu 22.07.2021 r. PKS Gabo, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dostarczył Zamawiającemu wyjaśnienia (pismem z dnia 21.07.2021 r.) w ramach procedury samooczyszczenia wraz z załącznikami oraz poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wskazał, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania, wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie wykonawca ustosunkował się do przestanek wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz przedstawił w tym zakresie stosowne dowody. Podkreślenia wymaga fakt, że treść złożonych wyjaśnień nie była kwestionowana przez Odwołującego w zakresie wymogów wynikających z art. 110 ust. 2 Pzp.

Za niezasadny w konsekwencji Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 109 ust 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKS Gabo jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu oraz art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że wykonawca PKS Gabo w wyniku zamierzonego działania lub też lekkomyślności czy niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez złożenie oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania. Ostateczne oświadczenie złożone przez wykonawcę PKS Gabo, potwierdzające, że wykonawca podlega wykluczeniu, zostało bowiem złożone w wyniku odmiennej oceny skutków rozwiązania umowy, dokonanej przez Zamawiającego na potrzeby prowadzonego postępowania w kontekście możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury self-cleaning. Jak już wskazano powyżej, oświadczenie zawierające opinię lub ocenę nie podlegają weryfikacji w kategoriach prawdy i fałszu. W tym przypadku, ocenie dokonanej przez wykonawcę PKS Gabo odnośnie

wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności dotyczące rozwiązania umowy realizowanej w ramach Konsorcjum Iris, nie sposób przypisać nieprawdziwości, jako przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp. W zebranych materiale dowodowym tej sprawy nie znajdują potwierdzenia zarzuty dotyczące zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd bądź też lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy PKS Gabo przy składaniu oświadczenia co do braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu, a zatem biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), tj. stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie par. 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając Odwołującego kosztami uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:.....