

WYROK

z dnia 6 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Danuta Dziubińska

Członkowie: Emil Kawa

Jolanta Markowska

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w

Tarnowie, 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 MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie na rzecz zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2387/21

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn — Wronów” z podziałem na trzy Etapy, numer referencyjny: ZP/2021/04/0037/Pl. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z 21 kwietnia 2021 r. pod pozycją 2021/S 077-198635.

Zamawiający 30 lipca 2021 wezwał wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie do poprawienia dokumentu JEDZ poprzez złożenie oświadczenia o określonej przez Zamawiającego treści oraz przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków. W terminie ustawowym ww. wykonawca (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwie zastosowanie i wezwanie Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji gdy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia Zamawiającego tylko do żądania, aby Wykonawca odpowiedział na pytania zawarte w JEDZ, ale nie upoważnia do przesądzania o treści takiej odpowiedzi. MGGP S.A. w uprzednio złożonym JEDZ udzieliła odpowiedzi na przedmiotowe pytanie zgodnie z prawdą, a decyzja o ewentualnym zaistnieniu okoliczności uzasadniających potrzebę skorzystania z procedury samooczyszczenia leży w gestii Wykonawcy, a nie Zamawiającego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu MGGP S.A. do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „ TAK” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy i ograniczenie wglądu do materiału dowodowego w zakresie jakim będą w trakcie rozprawy omawiane okoliczności objęte tajemnicą przedsiębiorstwa MGGP S.A., oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania.

Odwołujący podał, że złożył w postępowaniu ważną ofertę, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający wezwał go do poprawienia JEDZ poprzez nakazanie odpowiedzi „TAK” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wezwanie nie ma podstaw prawnych, a żądana odpowiedź nie odpowiadałaby prawdzie, toteż nie mógł zastosować się do wezwania zgodnie z jego treścią. Nie zgadzając się z treścią wezwania zarówno ze względów formalnych jak i merytorycznych (MGGP S.A. stoi na stanowisku, że nie jest winna żadnego poważnego wykroczenia zawodowego, a oświadczenie w tym przedmiocie odpowiada prawdzie), w dniu 2 sierpnia 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wezwania w taki sposób, aby nie narzucało Odwołującemu treści odpowiedzi na pytania zawarte w JEDZ, a tym samym nie nakazywało złożenia oświadczenia o treści zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego,

niezależnie od woli i stanowiska Wykonawcy w tym przedmiocie. Zamawiający nie ustosunkował się do wniosku Wykonawcy, w związku z czym w dniu wyznaczonym w wezwaniu tj. 4 sierpnia 2021 r. Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu przedstawiając swoje stanowisko i ponownie złożył JEDZ, w którym na pytanie „Czy wykonawcą jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?”, podtrzymał dotychczasową odpowiedź, zaznaczając „NIE”. Odwołujący wskazał na brak podstaw prawnych i merytorycznych żądania Zamawiającego, podkreślając charakter jednolitego dokumentu, będącego oświadczeniem własnym Wykonawcy, który za pośrednictwem JEDZ przekazuje wiedzę o swojej sytuacji/właściwościach Zamawiającemu. Stwierdził, że uprzednio złożone oświadczenie co do zachodzenia wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp jest prawidłowe i zgodne z prawdą, gdyż MGGP S.A. nie jest winna żadnego poważnego wykroczenia zawodowego. Jednocześnie Odwołujący wskazał na okoliczności związane z zakończeniem przedmiotowej umowy, uzasadniając swoje stanowisko.

Następnie Odwołujący podniósł, że przepisy prawa nie dają Zamawiającemu uprawnienia do żądania od Wykonawcy modyfikacji złożonego oświadczenia co do zaistnienia/braku przesłanek wykluczenia w taki sposób, aby było ono zgodne z oczekiwaniami czy stanowiskiem Zamawiającego, szczególnie w sytuacji gdy Wykonawca oświadczenie co do tych okoliczności złożył w pierwotnie przedstawionym JEDZ. Odwołujący przywołał art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i stwierdził, że obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów powstaje po stronie Zamawiającego, jeżeli dany wykonawca dokumentów takich nie złożył, zawierają one braki lub błędy. MGGP S.A. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przedłożyła prawidłowo wypełniony dokument JEDZ, zawierający niezbędne odpowiedzi na wszystkie pytania. Przygotowując JEDZ MGGP S.A. oparła się na swojej najlepszej i aktualnej wiedzy, co do okoliczności dotyczących spółki, w tym w zakresie przesłanek odstąpienia. Przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania do MGGP S.A., a złożone przez Spółkę oświadczenie w tym zakresie odpowiada prawdzie. Nie wystąpiła więc żadna podstawa z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nakazująca Zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o uzupełnienie JEDZ. Dokument taki został złożony, nie zawiera braków, a w oczywisty sposób nie jest błędem zgodna z prawdą odpowiedź na pytanie, będące oświadczeniem wiedzy Wykonawcy, nawet jeżeli Zamawiający uważa, że powinna mieć inną (tu: przeciwną) treść. Uczynienie zadość wezwaniu Zamawiającego zgodnie z jego treścią skutkowałoby złożeniem przez MGGP S.A. nieprawdziwego oświadczenia. Także skorzystanie z procedury samooczyszczenia jest wyłącznym uprawnieniem Wykonawcy, z którego może skorzystać, aby udowodnić Zamawiającemu, że jest podmiotem wiarygodnym i zdolnym do prawidłowego wykonania zamówienia, w sytuacji gdy zaszły wobec niego przesłanki wykluczenia. Zamawiający nie może nakazać Wykonawcy dopełnienia przedmiotowej procedury. Uprawnieniem Zamawiającego jest ocena złożonych przez wykonawców dokumentów i podjęcie działań wynikających z takiej weryfikacji, natomiast nie może on ingerować w opisanym wyżej zakresie w treść przekazywanych informacji i oświadczeń wykonawców.

Pobocznie Odwołujący wskazał, że w swoim wezwaniu Zamawiający oparł się wyłącznie na swojej subiektywnej i jednostronnej ocenie okoliczności sprawy, pomijając fakt, że kwestia wcześniejszego rozwiązania przywołanej umowy jest przedmiotem sporu toczącego się pomiędzy stronami, a MGGP S.A. również złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy. W ocenie spółki oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy nie miało podstaw ani faktycznych ani też prawnych, a tym samym było bezskuteczne, a okoliczności, które spowodowały rozwiązanie umowy nie leżały po stronie Wykonawcy, który umowę realizował prawidłowo i zgodnie z jej treścią. Zamawiający ani w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, ani też w późniejszej korespondencji nie powoływał się na poważne naruszenia zawodowe, jako podstawę podejmowanych czynności. Nadto samo rozwiązanie umowy jest niewystarczające do uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego po stronie Wykonawcy.

Pismem z 2 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie z uwagi na jego bezzasadność, jak również ze względu na brak materialnoprawnej przesłanki wniesienia odwołania rozumianej jako niewykazanie szkody, którą poniósł lub może ponieść w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy lub, alternatywnie, brak wpływu ewentualnego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego na wynik postępowania.

Zamawiający podał m.in., że 6 grudnia 2018 r. zawarł z Odwołującym umowę nr 1000032164, która dotyczyła opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim”, od której odstąpił 19 czerwca 2020 r. z winy Odwołującego. W związku z tym

uznał, iż wobec Odwołującego znajduje zastosowanie przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i 30 lipca 2021 r. wystosował do Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp wezwanie do poprawienia i/lub uzupełnienia i/lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (dalej: „Wezwanie”). W dniu 2 sierpnia 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę treści Wezwania, do którego Zamawiający nie ustosunkował się. Natomiast 4 sierpnia 2021 r. Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu na Wezwanie, stwierdzając iż: wobec Wykonawcy nie zachodzą żadne przesłanki wykluczenia określone przez Zamawiającego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, stąd oświadczenie w formularzu JEDZ jest prawidłowe. Konsekwentnie Odwołujący nie przedstawił środków przedsięwziętych w celu samooczyszczenia. Pismem z dnia 2 września 2021 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko w zakresie braku szkody po stronie Odwołującego lub, alternatywnie, brak istotnego wpływu naruszenia przepisów na wynik postępowania Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący, wskazując na interes we wniesieniu odwołania, powołuje się na możliwość poniesienia szkody wynikającej ze skierowanego do niego Wezwania, polegającej na uniemożliwieniu mu „przedstawienia wyjaśnień co do swojego stanowiska w przedmiocie przesłanki wykluczenia w postępowaniu”, co miałyby doprowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania, choć nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia. Zgodnie z art. 110 ust. 1 PZP, wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, na każdym etapie postępowania zamawiający może kierować do wykonawców wezwanie, o których mowa w art. 128 ust. 1 lub ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uzna, że są one konieczne w celu dokonania prawidłowej oceny wykonawcy. Przepisy nie precyzują momentu, w którym wykonawca powinien przedstawić ewentualne wyjaśnienia dotyczące okoliczności wpływających na ocenę zachodzenia wobec niego przesłanek wykluczenia lub środków podjętych w ramach samooczyszczenia (art. 110 ust. 2 ustawy Pzp). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał w analogicznym stanie faktycznym, iż zasada przejrzystości i lojalności wymaga, aby stosowne wyjaśnienia dotyczące okoliczności, które mogą skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zostały przedstawione zamawiającemu wraz z JEDZ (wyroku TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18, pkt 36). Jeśli zatem Odwołujący zamierzał przedstawić dodatkowe wyjaśnienia związane z okolicznościami dotyczącymi realizacji umowy nr 1000032164, to powinien był to zrobić, bez osobnego wezwania, przedkładając takie wyjaśnienia wraz z JEDZ. Niezależnie od powyższego, Zamawiający umożliwił Odwołującemu złożenie wyjaśnień kierując do niego Wezwanie. W odpowiedzi na które, Odwołujący mógł i powinien był przedstawić Zamawiającemu wyjaśnienia i argumenty wiążące się z realizacją wspomnianej wyżej umowy i wpływające potencjalnie na ocenę podlegania przez Odwołującego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nawet gdyby uznać, iż Wezwanie zostało skierowane do Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to i tak nie zamyka i nie zamykało ono Odwołującemu drogi do składania wyjaśnień, jakie uznałby on za stosowne, czy to w odpowiedzi na Wezwanie, czy to nawet w późniejszym terminie. W szczególności, w odniesieniu do procedury samooczyszczenia, stosowne wyjaśnienia i dowody mogły zostać przedstawione w zasadzie w dowolnym terminie do momentu podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, jak wynika z przywołanego wyroku Izby. Skierowanie do Odwołującego Wezwania (niezależnie od oceny jego poprawności merytorycznej), nie wpłynęło w żaden sposób negatywnie na sytuację Odwołującego w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, Zamawiający umożliwił Odwołującemu ustosunkowanie się do jego wątpliwości dotyczących sytuacji podmiotowej, w jakiej znajduje się Odwołujący w kontekście przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie poniósł zatem ani nie może ponieść szkody w wyniku rzekomego naruszenia przepisów przez Zamawiającego polegającego na skierowaniu do Odwołującego Wezwania. Wobec powyższego, nie zostały spełnione przesłanki materialnoprawne uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie, odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Alternatywnie, zdaniem Zamawiającego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie również z uwagi na brak wpływu ewentualnego naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania. Ze względów opisanych powyżej ewentualne naruszenie przepisów poprzez skierowanie Wezwania do Odwołującego, nie ma wpływu na wynik postępowania, a tym bardziej nie ma wpływu istotnego. Kierując do Odwołującego Wezwanie Zamawiający wyraził swoje wątpliwości co do sposobu wypełnienia JEDZ przez Odwołującego i tym samym stworzył Odwołującemu możliwość ustosunkowania się do stanowiska Zamawiającego. Nawet jeżeli uznać, że skierowanie Wezwania do Odwołującego stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, to takie wezwanie nie wpływa negatywnie na sytuację Odwołującego w postępowaniu, a przede wszystkim nie ma istotnego wpływu na jego wynik. Wynik postępowania determinuje bowiem dopiero dalej idąca czynność Zamawiającego, tj. decyzja

o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która została doręczona Odwołującemu w dniu 2 września 2021 r. Jeśli zatem Odwołujący nie zgadza się z wykluczeniem z postępowania, to powinien tę decyzję zaskarżyć w określonym przepisami terminie.

Następnie Zamawiający wskazał m.in., że jest oczywistym, iż to do Odwołującego należy decyzja, w jaki sposób odpowie on na pytania zawarte w JEDZ, czyli de facto ocena, czy podlega on wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji, do niego również należy decyzja, czy chce on skorzystać z uprawnienia jakim jest możliwość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Należy przy tym podkreślić, że Odwołujący ze swoich praw w tym zakresie skorzystał, kierując do Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2021 r. odpowiedź na Wezwanie o treści według własnego uznania, tj. podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, jak również o braku konieczności przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Wezwanie Zamawiającego w niczym nie ograniczyło praw Odwołującego do podjęcia swobodnej decyzji w tym zakresie. Wręcz przeciwnie, Zamawiający umożliwił Odwołującemu ustosunkowanie się do swojego stanowiska dotyczącego podlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, jak również ewentualne podjęcie środków w ramach procedury samooczyszczenia, jeszcze przed podjęciem ostatecznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości, co zostało ocenione przez Zamawiającego w stosownym trybie oraz było przedmiotem kolejnych czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert zakończonych decyzją o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z dnia 2 września 2021 r. Jest to dalej idąca czynność Zamawiającego, która może zostać zaskarżona przez Odwołującego w odpowiednim terminie.

Zdaniem Zamawiającego jego działania były zgodne z wytycznymi zawartymi w aktualnym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Z drugiej jednak strony, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeśli w sposób skuteczny przeprowadzi tzw. procedurę samooczyszczenia (art. 110 ust. 2 i 3 PZP). Ustawodawca nie doprecyzował przy tym, w którym momencie wykonawca powinien przeprowadzić tę procedurę i przedstawić zamawiającemu dowody wskazujące na podjęte środki. Ustawodawca nie przesądził również z czyjej inicjatywy procedura samooczyszczenia powinna zostać przeprowadzona. Zamawiający przywołał wyrok TSUE z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, wskazując m.in., że zamawiający zobowiązani są do stosowania nie tylko zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, ale także zasady poszanowania prawa do obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019, KIO 1576/19 i stwierdził, że zważywszy, że może badać istnienie podstaw wykluczenia na każdym etapie postępowania, a przepisy Pzp nie wskazują na konkretny moment wykazania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, to Zamawiający, kierując Wezwanie do Odwołującego, zastosował wytyczne zawarte w orzecznictwie. Jest przy tym oczywistym, iż Wezwanie nie mogło ograniczać się do przedstawienia dowodów na przeprowadzoną procedurę samooczyszczenia, ponieważ, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jednym z warunków umożliwiających zainicjowanie tej procedury jest uznanie przez wykonawcę, iż podlega on wykluczeniu. Wykonawca, który uznaje, że podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne, powinien natomiast dać temu wyraz w dokumencie JEDZ. Odwołujący, w odpowiedzi na Wezwanie, potwierdził swoje pierwotne stanowisko, zarówno co do treści JEDZ, jak i co do braku konieczności przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, do czego miał prawo. Nie zmienia to jednak faktu, że Wezwanie zostało skierowane do Odwołującego zgodnie z obowiązującymi przepisami i najlepszymi standardami, gwarantując Odwołującemu możliwość ponownego wyrażenia swojego stanowiska w zakresie okoliczności towarzyszących realizacji umowy nr 1000032164, przed podjęciem ostatecznej decyzji o jego wykluczeniu z Postępowania na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy Zamawiający wskazał, że w świetle zarzutów odwołania, wniosek o wyłączenie jawności rozprawy jest całkowicie bezzasadny. Spór ma bowiem charakter wyłącznie prawny i dotyczy możliwości (zasadności) skierowania do Odwołującego Wezwania. W szczególności, Odwołanie nie dotyczy braku okoliczności uzasadniających zastosowanie wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W odwołaniu nie poruszono przy tym jakichkolwiek okoliczności, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał, iż dokument pn. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest dokumentem ogólnym, z którego nie sposób wywnioskować, które informacje Odwołujący uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa i z jakiego powodu. Do odwołania nie załączono również dowodów potwierdzających, że informacje, które będą omawiane na rozprawie,

faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Z zachowaniem wymogów ustawowych swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, stając się jego uczestnikiem.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy ECM Group Polska S.A., stwierdzając, iż wykonawca ten wykazał interes w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o wyłączenie jawności rozprawy z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego, iż występują ku temu przesłanki. Stosownie bowiem do art. 545 ust. 1 ustawy Pzp Izba rozpoznaje odwołanie na jawnej rozprawie, chyba, że ustawa stanowi inaczej.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przedstawioną przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, 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. 528 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła co, następuje:

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 1 SWZ Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu znajdują zastosowanie fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a następnie, na wezwanie Zamawiającego, złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust 1 ustawy Pzp w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”), w którym na pytanie zawarte w Części III Podstawy wykluczenia pkt C „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” udzielił odpowiedzi przeczącej.

Pismem z 30 lipca 2021 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie (dalej: „Wezwanie”) w brzmieniu: „Działając na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający wzywa Wykonawcę, tj. MGGP S.A do poprawienia i/lub uzupełnienia i/lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia.

I.

Zgodnie z Rozdziałem XI ust. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający wskazał iż z Postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 8 i 9 Ustawy. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany był przedstawić aktualne na dzień złożenia oświadczenie stanowiące potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie Wykonawca był zobowiązany złożyć w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) (Załącznik nr 3 do SIWZ).

W przedłożonym na wezwanie Zamawiającego JEDZ Część III Podstawy wykluczenia pkt C: podstawy związane z niewyplacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na postawione pytanie: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” została wskazana odpowiedź „NIE”.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż w dniu 6.12.2018 r. zawarł z Wykonawcą umowę o nr 1000032164 dotyczącą Opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim”. W efekcie rażącego naruszenia zawodowego polegającego na nie wykonywaniu

przez Wykonawcę swoich obowiązków w terminach wskazanych w umowie oraz stwierdzonych licznych wadach w przekazanych materiałach Zamawiający w dniu 19.06.2020 r. odstąpił od umowy z winy Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznaje, że w/w odstąpienie od umowy podważa wiarygodność Wykonawcy, a tym samym spełnia przesłankę o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1. Pkt. 5 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1

Ustawy wzywa Wykonawcę do poprawienia jednolitego dokumentu poprzez wskazanie

odpowiedzi „TAK” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia

zawodowego?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia

środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 Ustawy. (...)

W odpowiedzi Odwołujący pismem z 4 sierpnia 2021 r. podał w zakresie pkt I:

„Zamawiający wezwał Wykonawcę do poprawienia jednolitego dokumentu poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego

wykroczenia zawodowego?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 Ustawy.

W pierwszej kolejności ponownie wskazuję, iż JEDZ jest oświadczeniem własnym Wykonawcy, który przekazuje wiedzę o swojej sytuacji/właściwościach Zamawiającemu. Rzetelność i prawidłowość treści złożonego jednolitego dokumentu podlega weryfikacji Zamawiającego, lecz to Wykonawca, w oparciu o okoliczności jego dotyczące, decyduje o treści informacji objętych dokumentem.

Obowiązujące przepisy prawa nie dają Zamawiającemu uprawnienia do żądania od Wykonawcy modyfikacji złożonego oświadczenia co do zaistnienia/braku przesłanek wykluczenia w taki sposób, aby było ono zgodne z oczekiwaniami czy stanowiskiem Zamawiającego, szczególnie w sytuacji gdy Wykonawca oświadczenie co do tych okoliczności złożył w pierwotnie przedstawionym JEDZ.

Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że nie może zastosować się do wskazanego wyżej żądania Zamawiającego, gdyż przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma zastosowania do MGGP S.A., a złożone przez Spółkę oświadczenie w tym zakresie odpowiada prawdzie. Wymóg zaznaczenia odpowiedzi twierdzącej na przytoczone wyżej pytanie powstaje jedynie w sytuacji zmaterializowania się kumulatywnie wszystkich elementów wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, tj.: zaistnienia po stronie wykonawcy zawinonego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, a w szczególności niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia będącego skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przy czym okoliczności te muszą zostać udowodnione przez Zamawiającego.

Podkreślamy, iż sam fakt zaistnienia obiektywnego zdarzenia jakim jest wcześniejsze rozwiązanie umowy nie stanowi potwierdzenia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zachowujące aktualność także na gruncie nowej ustawy Pzp. Można tu przywołać przykładowo wyrok z 23 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 434/18), w którym Izba wskazała, że sam fakt rozwiązania umowy (także w drodze odstąpienia) jest niewystarczający do zaistnienia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, czy analogiczny w tej kwestii wyrok z 27 marca 2019 sygn. akt KIO 439/19 (samo stwierdzenie, iż umowa została rozwiązana nie byłoby wystarczające do przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, czy też jak wskazał Zamawiający, że doprowadziło do tego zamierzone działanie Wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo).

W swoim wezwaniu Zamawiający oparł się wyłącznie na swojej subiektywnej i jednostronnej ocenie okoliczności przywołanej sprawy, pomijając fakt że kwestia wcześniejszego rozwiązania przywołanej umowy jest przedmiotem sporu toczącego się pomiędzy stronami, a

MGGP S.A. również złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy. W ocenie Wykonawcy

oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy nie miało podstaw ani faktycznych ani też prawnych, a tym samym było bezskuteczne, a okoliczności, które spowodowały rozwiązanie umowy nie leżały po stronie Wykonawcy, który umowę realizował prawidłowo i zgodnie z jej treścią. Co więcej Zamawiający ani w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy ani też w późniejszej korespondencji nie powoływał się na ciężkie naruszenie obowiązków zawodowych, jako podstawę podejmowanych czynności. Ponadto, ze względu na rozbieżne stanowiska stron co do zakresu i jakości prac zrealizowanych, nie doszło do rozliczenia umowy.

Niezależnie od opisanych istotnych okoliczności dotyczących zakończenia przedmiotowej umowy, Wykonawca ponownie podkreśla, że samo rozwiązanie jest niewystarczające do uznania, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a przedstawiona przez Zamawiającego jednozdaniowa argumentacja, w której próbuje on powiązać zakończenie umowy z rzekomym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez MGGP S.A., jest niczym więcej jak tylko subiektywną opinią Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec Wykonawcy nie zachodzą żadne przesłanki wykluczenia określone przez Zamawiającego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, stąd oświadczenie w formularzu JEDZ jest prawidłowe. W załączeniu ponownie przedkładamy dokument JEDZ.”

Łzba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do art. 505 Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Stosownie do definicji zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Na wstępie wskazania wymaga, że dla wykazania uprawnienia do skorzystania ze środków prawnych konieczne jest wykazanie wypełnienia przesłanek wymienionych w art.

505 ust. 1 ustawy Pzp, które muszą wystąpić łącznie. O ile nie budzi wątpliwości, że Odwołujący jest wykonawcą oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia, to za niewykazane należy uznać wypełnienie się ostatniej z przesłanek, tj., że poniósł lub może ponieść szkodę na skutek przedmiotowego wezwania.

W ocenie łzby, jakkolwiek sposób zredagowania wezwania, wbrew twierdzeniom Zamawiającego w odniesieniu do pkt I wezwania nie wskazuje na oczekiwanie wyjaśnień, lecz stanowi stanowcze żądanie zastąpienia negatywnego oświadczenia własnego Odwołującego odpowiedzią twierdzącą, oraz przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, to jednak, należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie wpłynęło ono negatywnie na sytuację Odwołującego w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dało ono bowiem możliwość Odwołującemu poznania stanowiska Zamawiającego, co do istnienia według niego podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z umową nr 1000032164, oraz ponownego wyrażenia swojego stanowiska w tym zakresie. Nie była to zatem czynność Zamawiającego, która skutkowałą, czy mogła skutkować powstaniem szkody po stronie Odwołującego.

Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z w wyrokiem TSUE z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 każdy wykonawca musi mieć możliwość

przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych (...). (...) 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 (pkt. 29 cytowanego wyroku). Z kolei pkt 34 tego wyroku wynika, że zamawiający zobowiązani są do stosowania nie tylko zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, lecz również zasady poszanowania prawa do

obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym. Zasada ta powinna być stosowana w szczególności w sytuacji, w której zamawiający ma podjąć wobec wykonawcy decyzję o jego wykluczeniu z postępowania. Realizacją zasady poszanowania prawa do obrony jest wezwanie do wyjaśnień lub przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych w celu usunięcia jakiegokolwiek fakultatywnej podstawy wykluczenia, na którą instytucja mogłaby się powołać (pkt 40 ww. wyroku). Potwierdza to również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019, KIO 1576/19.

Powyższe wskazuje, że, za wiarygodne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że Wezwanie miało na celu stworzenie Odwołującemu szansy na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Do tego konieczne jednak było przyznanie przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w JEDZ. W związku z tym, jakkolwiek sposób redakcji Wezwania może budzić zastrzeżenia, bowiem zabrakło w nim obecnie podnoszonych przez Zamawiającego twierdzeń wskazujących na jego motywy działania, to jednak samo stworzenie przez Zamawiającego możliwości usunięcia podstawy wykluczenia, na którą planował się powołać, i o czym powiadomił Odwołującego, oznacza, że Wezwanie nie mogło negatywnie skutkować dla Odwołującego.

Odwołujący po otrzymaniu Wezwania uzyskał możliwość ponownego przeanalizowania okoliczności związanych z rozwiązaniem ww. umowy, zawartej z Zamawiającym, i znając stanowisko Zamawiającego, podjąć decyzję co do tego, czy dokonać zmiany JEDZ i przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, czy pozostać przy dotychczasowej ocenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie można wykluczyć, że zastosowanie się do wezwania, mogło wpłynąć na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, jednak brak wykonania wezwania nie zmienił jego sytuacji. Odwołujący miał wiedzę, że będzie to skutkowało wykluczeniem go z postępowania, co nastąpiło to 2 września 2021 r.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że wystosowanie przez Zamawiającego Wezwania naruszało wskazane w odwołaniu przepisy ustawy.

Zgodnie z art. 110 ustawy Pzp. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. 3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Stosownie do art. 128 ust. 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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.

Po pierwsze, na dzień złożenia odwołania, Odwołujący nie został wykluczony z postępowania. Oznacza to, że ocena w zakresie istnienia podstaw wykluczenia będzie dokonywana w odrębnym, ewentualnie wszczętym postępowaniu odwoławczym, w przypadku wniesienia przez Odwołującego odwołania na czynność wykluczenia, która miała

miejsce w dniu poprzedzającym wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy. Po drugie, celem przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest zmniejszenie liczby sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych przez wykonawców dokumentach. Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy w razie wystąpienia wymienionych w nim okoliczności. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że przepis ten został naruszony poprzez Wezwanie, które, jak wyżej zostało stwierdzone, stwarzało szansę uniknięcia wykluczenia z postępowania.

Brak łącznego spełnienia materialnoprawnych przesłanek niezbędnych dla skutecznego wniesienia odwołania skutkuje jego oddaleniem.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania. Na koszty postępowania składa się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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) w wysokości przewidzianej w ww. rozporządzeniu.

Przewodniczący:

Członkowie: