

WYROK

z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 100 II p. w postępowaniu

prowadzonym przez zamawiającego - PKP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al.

Jerozolimskie 142 A

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Agad spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, ul. Chrzanowskiego 23b i A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa ACS A. G. z siedzibą w

Toruniu, ul. Chrzanowskiego 25 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 49/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 100 II p i nakazuje

powtórzenie czynności badania i oceny oferty z udziałem wykonawcy Trakcja Spółka Akcyjna,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - PKP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142 A i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 100 II p. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - PKP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142 A na rzecz wykonawcy Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 100 II p. kwotę 23 600 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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 49/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na „Przebudowa dworca kolejowego Toruń Miasto oraz przebudowa dworca kolejowego Toruń Wschodni” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 lipca 2020 r. pod numerem 2021/S 139-368804.

W dniu 27 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

W dniu 7 stycznia 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 7 stycznia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 6) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy przez niezasadne ich zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na objęcie Trakcji roczną „karencją” (zakazem udziału w przetargach), o jakiej mowa w treści art. 111 pkt 6 ustawy, a to w związku z wykluczeniem odwołującego w innym postępowaniu z powodu rzekomego dopuszczenia się przez Trakcję wprowadzenia w błąd zamawiającego (naruszenia dawnego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy), podczas gdy - co wynika z orzeczenia SO w Warszawie - ww. decyzja zamawiającego o wykluczeniu Trakcji z innego przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy była nieprawidłowa, błędna i całkowicie niesłuszna, a zatem nie można powiedzieć, że Trakcja dopuściła się wprowadzenia w błąd w tym innym postępowaniu (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy), a tym samym wystąpiło zdarzenie będące podstawą wykluczenia, o którym mowa w treści art. 111 pkt 6) ustawy;

(2) art. 110 ust. 2 ustawy przez nieuzasadnione przyjęcie, że Trakcja powinna przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, gdy tymczasem:

a) procedura ta przeprowadzana jest przez wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co - jak zostanie

wykazane - w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, a ponadto:

- przeniesienie tejże procedury na grunt art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy oznacza, że ma ona zastosowanie do przypadków, w których wykonawca (i) przyznaje, że jest winny wprowadzenia w błąd, (ii) wyczerpał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, podczas gdy Odwołujący ani w Przetargu Annopol, ani też w tym postępowaniu nie przyznawał się / nie przyznaje się do wprowadzenia któregośkolwiek z zamawiających w błąd, co też - zgodnie z orzecznictwem Izby - uniemożliwia skorzystanie z procedury samooczczenia, przy czym

- Odwołujący wniósł skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w związku z postępowaniem prowadzonym pn. „Budowa zajezdni Annopol” (wyrok z dnia 27 sierpnia 2021 r., KIO 2080/21), konsekwentnie nie godząc się z twierdzeniem zamawiającego w tym postępowaniu, iż doszło do ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z tamtego postępowania, a,

b) wyrokiem z dnia 16 grudnia 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. XXIII Zs 123/21) przyznał odwołującemu rację (uwzględnił skargę odwołującego) i zmienił wyrok KIO 2080/21, stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy;

(3) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie w odniesieniu do informacji ujętych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) składanym w postępowaniu, będące konsekwencją błędnego uznania, że odwołujący, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdy tymczasem:

a) Odwołujący przedstawił zamawiającemu w JEDZ prawdziwą informację na temat sporu prowadzonego w ramach postępowania pn. „Budowa zajezdni Annopol”;

b) Zamawiający nie wskazuje w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, na czym polegać ma rzekome wprowadzenie w błąd;

(4) art. 128 ust. 4 oraz art. 16 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania w przypadku, w którym zamawiający miał wątpliwości odnośnie okoliczności związanych z postępowaniem pn. „Budowa zajezdni Annopol” i, będącego jego konsekwencją, postępowania skargowego, w konsekwencji czego nie wezwał on odwołującego do wyjaśnień, a zdecydował się na skorzystanie z najdotkliwszego dla każdego wykonawcy środka, tj. odrzucenia oferty Trakcji, co należy uznać - szczególnie w okolicznościach tej sprawy, o których zamawiający wiedział - za działanie nieproporcjonalne oraz naruszające zasadę uczciwej konkurencji;

a) w konsekwencji powyższych

(5) art. 16 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

(2) uznania, że względem odwołującego nie zmaterializowały się podstawy do wykluczenia z postępowania;

(3) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty złożonej przez wykonawców Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane AGAD sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Firma Usługowo Handlowa ACS A. G. z siedzibą w Toruniu;

(4) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;

(5) ewentualnie, wezwania odwołującego do wyjaśnień/ uzupełnienia JEDZ;

(6) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy.

Ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwolujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy, prawidłowo ocenił stan faktyczny, wówczas nie doszłoby do odrzucenia odwołującego, a Odwołujący miałaby realne szanse na uzyskanie zamówienia (jego oferta jest najkorzystniejsza).

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) zamawiający przewidział możliwość wykluczenia z Postępowania wykonawców w oparciu o m. in. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy (Rozdział IX pkt 1 SWZ).

Trakcja (w konsorcjum ze spółkami Polimex Mostostal S.A. oraz Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., łącznie „Konsorcjum Trakcja”) ubiegała się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn. „Budowa zajezdni Annapol” („Przetarg Annapol”), prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. oraz Miasto Stołeczne Warszawa. Pismem z dnia 2 lipca 2021 r. zamawiający poinformował Konsorcjum Trakcja o wykluczeniu z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Konsorcjum Trakcja wniosło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 12 lipca 2021 roku). Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Konsorcjum Trakcja (sygn. KIO 2080/21).

Nie godząc się z wyrokiem KIO, Konsorcjum Trakcja wniosło 20 września 2021 r. skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie. Wyrokiem z dnia 16 grudnia 2021 r. (sprawa prowadzona była pod sygn. XXIII Zs 123/21) Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił skargę Konsorcjum Trakcja i zmienił wyrok KIO 2080/21, stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Dowód: Wyciąg ze skargi z dnia 20 września 2021 r. od wyroku KIO 2080/21 z potwierdzeniem nadania

Dowód: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2021 r., sygn. XXIII Zs 123/21

Okoliczności te zostały podane przez Trakcję w JEDZ składanym w postępowaniu (oferta składana była przed wydaniem wyroku przez Sąd Okręgowy, zatem w JEDZ nie ma jeszcze informacji o treści rozstrzygnięcia).

Pismem z dnia 27 grudnia 2021 r. Zamawiający zdecydował się na odrzucenie oferty odwołującego, jako podstawę prawną wskazując art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, art. 111 pkt 6 ustawy. Uzasadniając swoją decyzję, zamawiający dodatkowo stwierdził, że Trakcja powinna przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, o której mowa w art.

110 ust. 2 ustawy.

Odwolujący zaznaczył, że zarzuty sformułowane pod adresem odwołującego, które legły u podstaw odrzucenia oferty Trakcji, są niezasadne. Jak zostanie to wykazane w dalszej części odwołania (1) nie można powiedzieć, że Trakcja w innym postępowaniu (Przetarg Annapol) dopuściła się wprowadzenia w błąd (ściśle: naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy), a zatem wystąpiło zdarzenie będące podstawą wykluczenia, o którym mowa w treści art. 111 pkt 6) ustawy. Z pewnością też (2) nie doszło do takiego wprowadzenia w błąd zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Uwzględniając zatem powyższe (3) nie było podstaw do wprowadzenia procedury samooczyszczenia, co w swoim stanowisku sugeruje zamawiający, a jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do przebiegu Przetargu Annapol i treści oświadczeń złożonych w JEDZ, przede wszystkim odnośnie zaistnienia podstaw do wykluczenia (4) w sytuacji, jaka miała miejsce w tym postępowaniu, powinien wezwać odwołującego do wyjaśnień, a nie sięgać po najdalej idące w skutkach i najdotkliwsze środki, tj. odrzucenie oferty wykonawcy, która miała realne szanse być wybraną jako najkorzystniejsza.

W ocenie odwołującego, zamawiający całkowicie niezasadnie zdecydował w przedmiotowej sprawie o zastosowaniu wobec Trakcji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 6) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Nie sposób bowiem uznać, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na objęcie Trakcji roczną „karencją” (zakazem udziału w przetargach), o jakiej mowa w treści art. 111 pkt 6 ustawy (w konsekwencji wykluczeniem odwołującego z postępowania). Z orzeczenia SO w Warszawie w sprawie Przetargu Annapol wyraźnie wynika, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu Trakcji z tamtego postępowania była nieprawidłowa, błędna i całkowicie niesłuszna. Oznacza to, że Trakcja nie dopuściła się wprowadzenia w błąd (a ściślej rzecz ujmując: nie doszło do zmaterializowania się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy) w innym postępowaniu, a tym samym, że wystąpiło zdarzenie będące podstawą wykluczenia, o którym mowa w treści art. 111 pkt 6) ustawy. W związku z tym zamawiający w tym postępowaniu nie był uprawniony do skorzystania z tego przepisu.

Odwolujący przypomniał, że nie godząc się z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącym jego wykluczenia z Przetargu Anopol, wniósł w imieniu Konsorcjum Trakcja w dniu 20 września 2021 roku skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie. Wyrokiem z dnia 16 grudnia 2021 roku (sprawa prowadzona była pod sygn. XXIII Zs 123/21) Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił tę skargę i zmienił wyrok KIO 2080/21, stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Wyraźnie dał zatem SO w Warszawie sygnał, że nie wystąpiło zdarzenie, które uprawniało do wykluczenia odwołującego.

Jest to o tyle ważne, że, jak wynika z orzecznictwa Izby, a co jest zgodne z elementarnymi zasadami, które leżą u podstaw prawnych także polskiego systemu prawnego - nie można waloru ostateczności/ prawomocności przypisać rozstrzygnięciu (decyzji), co do którego konkretny podmiot ma otwartą drogę do jego zaskarżenia. Tym bardziej, nie można negatywnych konsekwencji wyciągać wobec podmiotu, co do którego wydana decyzja organu okazała się całkowicie błędna (a tak należy traktować zarówno decyzję zamawiającego w Przetargu Anopol, jak i stanowisko Izby w wyroku KIO 2080/21).

W powyższym kontekście jedynie dla przykładu można przywołać wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2019 roku, w którym czytamy m.in.: „Z prawomocnością mamy do czynienia wówczas, gdy orzeczenie sądowe lub rozstrzygnięcie organu nie może być zmienione ani uchylone przez wniesienie środka odwoławczego lub zaskarżenia. Skoro minął już termin na wniesienie skargi na powyższe orzeczenie Izby, rozstrzygnięcie to zyskało przymiot ostatecznego, a treść orzeczenia wiąże wszystkie inne podmioty, które się na nią powołują (tak też w Wyroku KIO z 21 września 2016 r., sygn. akt KIO 1640/16)”. W sposób jasny widać, a contrario, że z przymiotem ostateczności mamy do czynienia dopiero w sytuacji, w której w sposób skuteczny upłynął termin na wniesienie skargi albo też taka skarga została już rozstrzygnięta.

12. Analogiczne stanowisko zajęła również Izba (przykładowo) w postanowieniu z dnia 13 lutego 2013 r., w którym czytamy: „Wyrok ten korzysta więc z przymiotu prawomocności, gdyż skarga na przedmiotowe orzeczenie nie została wniesiona. Jest on już wykonany, a kwestia rażąco niskiej ceny została już ostatecznie przesądzona”. A contrario, o ile mamy do czynienia z wniesieniem skargi, nie mamy do czynienia z prawomocnością. W postępowaniu dotyczącym Przetargu Anopol, taka skarga nie tylko została wniesiona, ale została ona rozstrzygnięta na korzyść odwołującego.

Jedynie na marginesie odwołujący wskazał, że przyjęcie, iż decyzja, która uznana została za nieprawidłową i błędną, miałaby wywoływać dla odwołującego jakiegokolwiek negatywne skutki (prawne), byłoby nielogiczne i sprzeczne z elementarnymi zasadami, jakimi rządzi się prawo, w tym prawem do sądu. Nie sposób uznać, że w tej sytuacji, kiedy to decyzja zamawiającego w Przetargu Anopol o wykluczeniu Trakcji, została uznana za błędną, zamawiający w tym postępowaniu miał jakiegokolwiek podstawy do przyjęcia, że odwołujący podlega wykluczeniu, a zatem jego ofertę należy odrzucić.

Podkreślenia wymaga przy tym już w tym miejscu, że zamawiający miał pełną wiedzę nie tylko o toczącym się postępowaniu skargowym, ale również o pozytywnym dla Trakcji rozstrzygnięciu Sądu Okręgowego w Warszawie (po otrzymaniu decyzji o odrzuceniu, odwołujący przekazał stosowną informację). W tej sytuacji, uwzględniając powyższe, nawet po odrzuceniu oferty, mógł jeszcze skorzystać z instytucji autokorekty, tj. unieważnić swoją decyzję o odrzuceniu oferty Trakcji z postępowania oraz wyborze oferty kolejnego wykonawcy w rankingu, jako najkorzystniejszej. Tego jednak zaniechał. Dlatego, biorąc pod uwagę wszystko to, co powyżej, już tylko ze względu na przytoczone okoliczności, niniejsze odwołanie należy uznać za w pełni zasadne i zasługujące na uwzględnienie.

Jedynie na marginesie odwołujący wskazał, niezależnie od powyższego, że zachowanie zamawiającego, uwzględniając całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy, jawi się jako absolutnie nieproporcjonalne, a przez to naruszające również podstawowe zasady wyrażone w treści art. 16 ustawy - zasadę przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający szczegółowo opisuje przebieg procedury selfcleaningu, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, dochodząc m. in. do wniosku, że czynności opisane w tym przepisie podjęte powinny zostać łącznie. Przenosząc te ustalenia na stan faktyczny zaistniały w postępowaniu, zamawiający stwierdza, że odwołujący nie sprostął wymogom opisanym w tym przepisie.

Odwolujący wskazał, że stanowisko zamawiającego opiera się na błędnych założeniach (niezależnie już od tych opisanych powyżej). Zamawiający przyjmuje bowiem, że odwołujący powinien przeprowadzić procedurę samooczyszczenia i przez pryzmat takiego założenia ocenia zaistniałą sytuację. Tymczasem jest ono błędne. Z uwagi bowiem na wniesienie skargi do Sądu Okręgowego, odwołujący nie tylko nie musiał, ale wręcz nie powinien przeprowa-

dzać procedury samooczyszczenia.

Odwołujący ma świadomość, że procedura samooczyszczenia nie może mieć charakteru pozornego. W sposób rzetelny i kompletny powinna wyczerpywać wymogi ujęte przez ustawodawcę w art. 110 ust. 2 ustawy. Tylko w ten bowiem sposób możliwe jest zadośćuczynienie celowi, jaki, zdaniem zarówno unijnego, jak i polskiego ustawodawcy, przyświeca tej procedurze, a jakim jest zapewnienie uniknięcia analogicznych sytuacji w przyszłości.

Sam zamawiający w swoim wywodzie podkreśla doniosłość procedury samooczyszczenia i jej złożony charakter. Co więcej, wskazuje on na wymóg wdrożenia wszelkiego rodzaju środków związanych z zaistniałą sytuacją (technicznych, organizacyjnych i kadrowych).

Z powyższego wywieść można dwa zasadnicze wnioski (ściśle ze sobą powiązane): po pierwsze, procedura samooczyszczenia nie może być przeprowadzana z ostrożności przez wykonawcę, który kwestionuje istnienie podstaw wykluczenia go z postępowania, po drugie, procedura samooczyszczenia generuje nieodwracalne skutki (a przynajmniej część z nich ma tę właśnie cechę).

Zagadnienie możliwości przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w przypadku, w którym wykonawca kwestionuje zasadność wykluczenia go z postępowania, było wielokrotnie analizowane przez sądy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej i doczekało się zgodnych rozstrzygnięć (wydanych zarówno w oparciu przepisów „starej”, jak i „nowej” ustawy). Z orzecznictwa tego wynika, że samooczyszczenie przeprowadzone przez wykonawcę nieuwzględniającego istnienia zasadności wykluczenia jest niewiarygodne i budzi daleko idące wątpliwości, co do rzetelności i prawidłowości takiej (podjętej „z ostrożności”) procedury.

Tytułem przykładu wskazać warto na reprezentatywne orzeczenia w tym zakresie:

a) „Aby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu

zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Taki pogląd został zaprezentowany w szczególności w orzeczeniu KIO z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 139/17.” ;

b) „Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika, że warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (por. m. in. wyrok KIO z 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1034/17, wyrok KIO z 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17).” ;

c) „W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie (...) Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury self-cleaningu w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Z treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wynika, że Odwołujący powołuje się na procedurę samooczyszczenia „na wszelkie wypadki”. Nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie ustawy (...) Nie można twierdzić jednocześnie, że podało się informacje prawdziwe i dokonywać procedury samooczyszczenia. Odwołujący jako profesjonalista musi podejmować decyzję w toku postępowania przetargowego i ponosić konsekwencję takich działań” ;

d) „Warunkiem sine qua non takiej procedury - jak podkreśla się w orzecznictwie [vide: sygn. akt: KIO 139/17] jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt [przyznanie następuje w JEDZ w jego części przez, którego ma dotyczyć „samooczyszczenie” ;

e) „Izba nie podziela wątpliwości zamawiającego, jakoby przyznanie się odwołującego do winy, niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia selfcleaningu, mogło być wyłącznie pozorne. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że instytucja samooczyszczenia dla swej skuteczności wymaga uznania przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części”¹²

Podobnie Izba orzekała chociażby w wyrokach z dnia 3 lutego 2017 r. (sygn. KIO 139/17), z dnia 3 sierpnia 2020 r. (sygn. KIO 1342/20), czy z dnia 2 maja 2018 r. (sygn. KIO 596/18).

A zatem wniesienie skargi do Sądu Okręgowego (jako wyraz konsekwentnego niegodzenia się wykonawcy z istnieniem podstaw wykluczenia) wywołało skutek w postaci braku możliwości przeprowadzenia w skuteczny sposób procedury samooczyszczenia. Oczekiwanie zamawiającego w tym zakresie już z tego powodu jest więc nieuzasadnione.

Odwołujący zwrócił uwagę na praktyczne skutki sytuacji, w której wykonawca zdecydowałby się na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia zanim rozstrzygnięte zostałyby postę-

powanie skargowe. Po pierwsze, jak wskazuje sam zamawiający, procedura samooczyszczenia wymaga przedsięwzięcia konkretnych i faktycznych działań. Nie wystarczy więc złożenie oświadczenia czy też inne rozwiązanie, które nie wymagać będzie określonych zmian w strukturze przedsiębiorstwa. Oczekiwane są zatem działania konkretne, wywołujące określone skutki. Ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy podaje przykładowy katalog środków i czynności, których podjęcia należy oczekiwać od wykonawcy. Pomijając działania właściwe dla deliktów karnych lub innych wywołujących szkodę u innego podmiotu (art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy), wskazana została konieczność wyjaśnienia faktów i okoliczności (art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy) oraz podjęcie określonych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych (art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Po kilku latach obowiązywania przepisów dotyczących instytucji samooczyszczenia zdaje się nie budzić wątpliwości, że kluczowe znaczenie należy przypisać właśnie środkom opisanym w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jak wskazuje Izba: „Ustawodawca uzależnił możliwość uznania takiego wykonawcy za dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, od udowodnienia, iż podjęte przez przedsiębiorcę środki zaradcze są wystarczające dla wykazania jego rzetelności - czyli od wykazania, że wdrożono niezbędne mechanizmy zmierzające do usunięcia skutków okoliczności, które stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy, a także, że powzięto kroki zapobiegające wystąpieniu takich okoliczności w przyszłości. Jeżeli takie dowody można będzie uznać za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania”.

A zatem, uznać należy, że warunkiem sine qua non prawidłowej procedury samooczyszczenia jest wdrożenie takich środków zaradczych, które pozwolą w przyszłych postępowaniach na uniknięcie sytuacji analogicznej do tej, która doprowadziła do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jak wspomniano, katalog środków wymienionych w art. 110 ust. 2 ustawy ma charakter przykładowy, jak pokazuje jednak praktyka, w istocie trafnie on oddaje faktyczne możliwości wykonawców chcących usprawnić funkcjonowanie swojego przedsiębiorstwa. Jako przykłady określonych środków zaradczych oczekiwanych od wykonawcy ustawy wymienia:

- 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.

Wspólną cechą wszystkich tych działań jest to, że zmuszają one wykonawcę do poniesienia kosztów, wdrożenia zmian organizacyjnych i zreorganizowania struktury.

Za zupełnie nietrafione, w ocenie odwołującego, uznać więc należy oczekiwanie wdrożenia ich w sytuacji, w której mogą się one okazać nie tylko nieprzydatne, ale wręcz błędne. Tytułem przykładu - ustawodawca wymaga reorganizacji personelu oraz zerwania powiązań z osobami odpowiedzialnymi za zaistnienie określonej sytuacji. Wykonawca, kierując się brzmieniem art. 110 ust. 2 ustawy, powinien rozważyć dyscyplinarne zwolnienie osób, które ponoszą winę za doprowadzenie do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Co jednak, jeśli wykonawca rzeczywiście zwolni takie osoby, a sąd w postępowaniu skargowym przyzna jednak wykonawcy rację? Tego typu działania mają nieodwracalny charakter. Oczekiwanie zatem, iż wykonawca, który wierzy, iż wykluczenie go z postępowania jest niesłuszne i korzystne z przysługujących mu środków ochrony prawnej podjęcie tego typu działania jest nie tylko nietrafione, ale wręcz mogłoby zostać potraktowane jako działanie na szkodę spółki (zwolnionemu pracownikowi przysługiwałoby powództwo do sądu pracy).

Po drugie, nie należy zapominać, że przeprowadzenie procedury samooczyszczenia mogłoby zniweczyć szanse Trakcji na skuteczne dochodzenie swoich praw w postępowaniu skargowym. Za co najmniej możliwą uznać należy sytuację, w której Sąd, oceniając okoliczności sprawy, doszedłby do wniosku, że przeprowadzenie przez wykonawcę procedury samooczyszczenia stanowi w istocie przyznanie się do istnienia względem tegoż wykonawcy podstaw wykluczenia. Oczywiście można argumentować, że podjęto środki naprawcze jedynie „z ostrożności” i „na wszelki wypadek”, ale, uwzględniając przywołane powyżej (jednolite) orzecznictwo Izby, szansa, że argumentacja ta spotkałaby się z akceptacją Sądu jest minimalna (a przynajmniej nie przemawiają za nią jakiejkolwiek logiczne argumenty).

Decydując się na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, Trakcja nie tylko ponosiłaby koszty (finansowe, osobowe), które uznać należy za co najmniej wątpliwe, ale działała-

by w sposób mogący jej zaszkodzić w postępowaniu sądowym.

Odwolujący znalazł się zatem w sytuacji, w której jedynym rozsądnym, logicznym i konsekwentnym rozwiązaniem było powstrzymanie się z wdrożeniem procedury samooczyszczenia do momentu, w którym decyzja o wykluczeniu Trakcji z Przetargu Annapol stanie się prawomocna. Nie istnieją również jakiejkolwiek podstawy pozwalające założyć, że Trakcja nadużywa przysługujących jej praw (o takiej sytuacji można by dywagować np. w sytuacji złożenia skargi z ewidentnymi brakami formalnymi czy innymi wadami pozwalającymi domniemywać, że intencją skarżącego jest wywołanie innego celu niż poddanie danego problemu prawnego ocenie Sądu). Jest dokładnie odwrotnie - lektura JEDZ złożonego w postępowaniu (oraz innych przetargach) dowodzi, że odwołujący postępuje w sposób transparentny. Nie inaczej wygląda sytuacja w przypadku samooczyszczenia - gdyby Sąd uznał, że wyrok KIO w sprawie Przetargu Annapol jest prawidłowy, przed kolejnym postępowaniu przetargowym Trakcja wdrożyłaby procedurę samooczyszczenia.

Odwolujący wskazał również, że wywód zamawiającego jest niekonsekwentny z jeszcze jednego powodu. Otóż zamawiający podniósł, że fakt korzystania przez wykonawcę ze środka ochrony prawnej (skarga do Sądu Okręgowego) jest w istocie pozbawiony znaczenia, a wykonawca powinien przeprowadzić procedurę samooczyszczenia. Niezależnie od wykazanych powyżej powodów przemawiających za wadliwością takiej koncepcji, postawić należy następujące pytanie: czy, analogicznie, samooczyszczenie przeprowadzić powinien wykonawcy, który został wykluczony z postępowania z uwagi na podanie nieprawdziwej informacji, ale wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej? Innymi słowy - czy obowiązek podejmowania środków zaradczych materializuje się już w momencie wykluczenia z postępowania przez zamawiającego? Odwołujący stoi konsekwentnie na stanowisku, że taka koncepcja stanowiłaby w istocie ograniczenie prawa do sądu (co stanowi jedną z konstytucyjnych podstaw europejskiego i polskiego porządku prawnego). Jej zaakceptowanie oznaczałoby, że wykonawca musi przedsięwziąć (często nieodwracalne) środki, zanim jeszcze zasadność wykluczenia oceni uprawniony do tego organ.

Tak jak nie istnieje podstawa do oczekiwania od wykonawcy wdrażania selfcleaningu zanim w jego sprawie wypowie się Krajowa Izba Odwoławcza, tak nie istnieje analogiczny przepis odnoszący się do postępowania skargowego.

Definitywnym i jednoznacznym dowodem na prawidłowość działań Trakcji jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2021 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. XXIII Zs 123/21, w którym Sąd rozstrzygnął skargę wniesioną przez wykonawcę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2080/21 zapadłego w związku z wykluczeniem Trakcji z Przetargu Annapol. W wyroku tym Sąd zmienił zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej i stwierdził naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych. Tym samym Sąd Okręgowy w Warszawie w pełni podzielił argumentację Trakcji, co oznacza, że:

- a) odwołującego nie wprowadził zamawiającego (Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie i Miasto Stołeczne Warszawa) w błąd w Przetargu Annapol i, tym samym
- b) nie istnieją jakiejkolwiek podstawy do przeprowadzenia przez odwołującego procedury samooczyszczenia.

W opinii odwołującego rozstrzygnięcie niniejszego odwołania nie powinno być uzależnione od sentencji wyroku Sądu w sprawie Przetargu Annapol (wszak, jak wskazano powyżej, Odwołujący w dobrej wierze oczekiwał na rozstrzygnięcie wniesionej przez niego skargi i w tym okresie nie miał podstaw do przeprowadzania procedury samooczyszczenia). Niemniej jednak wyrok ten w sposób pozbawiony wątpliwości dowodzi słuszności twierdzeń odwołującego. Nawiasem mówiąc - trudno sobie wyobrazić sposób, w jaki Trakcja miałaby (po wydaniu powyższego orzeczenia) odwrócić skutki (np. personalne) wywołane przeprowadzeniem nadmiernego (zbędnego) samooczyszczenia.

Niezależnie od powyższego, z najdalej idącej ostrożności, odwołujący podkreślił, że nie przedstawił również informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w tym postępowaniu. Zatem również na tej płaszczyźnie nie ziszcila się zatem podstawowa przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Ten zarzut stawiany jest, jak wspomniano, „z ostrożności”, w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający sugeruje bowiem również, że odwołujący nie dochował wymaganej rzetelności w ramach informacji przekazywanych na potrzeby tego postępowania.

Odwolujący z własnej inicjatywy, kierując się troską o maksymalną transparentność czynności podejmowanych w postępowaniu, wskazał zamawiającemu w JEDZ na fakt wykluczenia go z Przetargu Annapol. Jednocześnie, dążąc do poinformowania zamawiającego o bieżącym stanie procedur wszczętych na skutek korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołujący poinformował również zamawiającego o przebiegu postępowania odwoławczego oraz zainicjowaniu postępowania skargowego:

Podkreślił, że o trafności zarzutu stawianego względem prawdziwości informacji prezentowanych przez Trakcję w tym postępowaniu można by mówić co najwyżej w przypadku, w którym Trakcja w treści JEDZ w ogóle nie przyznałaby się do faktu wykluczenia z Przetargu Annopol. W opinii odwołującego nawet w takiej sytuacji stwierdzenie, że doszło do wprowadzenia w błąd byłoby nietrafione. Tak długo bowiem, jak wykonawca ma możliwość dowodzenia swoich twierdzeń w ramach procedur wywołanych wniesienia środka ochrony prawnej, tak długo ma pełne prawo twierdzić, że jego stanowisko jest prawidłowe (na co odwołujący po części wskazywał już powyżej). Ocena tego zagadnienia ma jednak drugorzędne znaczenie. W analizowanym bowiem przypadku, mając świadomość, że kwestia ta może być różnie oceniana, odwołujący od samego początku (jaki wyznacza moment złożenia JEDZ) zachował się w stosunku do zamawiającego w sposób maksymalnie przejrzysty (informując o, nieprawomocnym, orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie Przetargu Annopol i wniesionej skardze).

Podnieść w tym miejscu należy, że, w orzecznictwie Izby, problematyka notyfikowania zamawiającemu faktów związanych z przeszłością danego wykonawcy była wielokrotnie poruszana. Jakkolwiek większość tych orzeczeń dotyczyła art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, to z orzecznictwa tego wynika, że JEDZ powinien być wypełniany w ścisłym nawiązaniu do przepisów sankcjonujących wykluczenie wykonawcy z postępowania. Procedura wypełniania JEDZ nie powinna zatem następować w sposób bezrefleksyjny. Stanowi to kolejny argument przemawiający za brakiem obowiązku podawania w JEDZ wszelkich informacji, które pozostają w związku z danym pytaniem formularza. Jeszcze raz podkreślić jednak należy, że, wnosząc skargę do Sądu Okręgowego od wyroku KIO dotyczącego Przetargu Annopol, Trakcja miała prawo konsekwentnie wykazywać, że przesłanka wykluczenia z postępowania się nie ziściła (czego skutkiem jest brak przeprowadzenia samooczyszczenia). Niemniej jednak, chcąc uniknąć jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, Trakcja przedstawiła w JEDZ informacje o Przetargu Annopol.

Odwołujący podniósł, że, jeśli w opinii zamawiającego zasadne było pozyskanie od odwołującego jakichkolwiek informacji np. na temat aktualnego stanu postępowania skargowego, to zamawiający powinien zwrócić się do Trakcji z wnioskiem o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Nieuzasadnione jest formułowanie w stosunku do odwołującego zarzutów opierających się na argumentie o niezłączeniu przez odwołującego do JEDZ złożonej skargi. Obowiązek taki nie wynika z jakichkolwiek przepisów, a JEDZ - jak powszechnie się podkreśla, z jest oświadczeniem o „wstępnym” charakterze. Co więcej, jak wykazano na wstępie odwołania, informacje o postępowaniu skargowym zostały przedstawione z inicjatywy odwołującego. Trudno zatem uznać, że istniał jakikolwiek bezwzględnie wiążący katalog informacji, czy dokumentów, które powinny zostać przedstawione.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości, uruchomienie procedury uzupełniającej jest nie tylko prawem, ale wręcz obowiązkiem zamawiającego: „Zgodnie z art. 26 ust. 4 p.z.p., zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Konstrukcja przepisu wskazuje, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w sytuacji, gdy zajądą ku temu przesłanki, jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem zamawiającego”.

O ile zatem zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści oświadczenia JEDZ, w tym w zakresie wypełnienia tego dokumentu odnośnie wystąpienia podstaw do wykluczenia Trakcji, powinien odwołującego wezwać do wyjaśnień. Tego jednak zaniechał, od razu decydując się na skorzystanie z najcięższych „narzędzi”, tj. odrzucenia oferty. Zachowanie to wygląda nieco tak, jakby zamawiającego kompletnie to nie interesowało (nie interesowała oferta odwołującego). Analizując okoliczności przedmiotowej sprawy dojdź należy do wniosku, że odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd. Przekazane w treści JEDZ informacje są prawdziwe i odpowiadają stanowi rzeczywistości. Zatem zamawiający mógł mieć względem odwołującego i złożonej przez niego oferty co najwyżej wątpliwości. Odwołujący nie dostrzega pola do takowych, niemniej jednak, mając świadomość, że art. 128 ust. 4 ustawy skierowany do zamawiającego i stanowi odpowiedź ustawodawcy na wątpliwości „gospodarza postępowania” (a nie innych jego uczestników) jest w stanie wyobrazić sobie, że zamawiający dążyłby do uszczegółowienia przekazanych informacji. Takie działanie zamawiającego nie naruszałoby reguł ustawy.

Postąpienie się jednak najdalej idącą sankcją (jaką jest odrzucenie oferty odwołującego) w okolicznościach zaistniałych w postępowaniu jest działaniem nieprawidłowym, nadmiernym i nieproporcjonalnym.

W dniu 10 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 12 stycznia 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firma: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Agad spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu, ul. Chrzanowskiego 23b i A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa ACS A. G. z siedzibą w Toruniu, ul. Chrzanowskiego 25. Wskazali, że posiadają interes prawny w uzyskaniu orzeczenia na korzyść zamawiającego - przystępujący jest wykonawcą, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza tym samym uwzględnienie odwołania może uniemożliwić uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe wskazuje na bezpośredni interes prawny przystępującego w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego i oddaleniu odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika konsorcjum, będącego jednocześnie prezesem zarządu lidera i właścicielem partnera konsorcjum. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom. Przystępujący przyłączył się do zarzutów i wniosków zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący w pełni podziela argumentację i stanowisko zamawiającego - w pełni popierając wnioski zamawiającego zarówno w zakresie wykluczenia odwołującego - firmy Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie jak również dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonał wnikliwej analizy treści oferty złożonej przez odwołującego, który na etapie składania oferty pomimo orzeczenia KIO z dnia 27 sierpnia 2021 roku o sygn. KIO 2080/21 oprócz poinformowania o powyższym orzeczeniu i wskazaniu, iż złożył skargę do Sądu, nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie stanu faktycznego dotyczącego wykluczenia, jego przyczyn, nie przedłożył dokumentu i argumentacji zamawiającego w tamtym postępowaniu ani także swojej argumentacji w tym także dokumentu skargi do Sądu. Zamawiający dokonuje oceny ofert na dzień złożenia oferty - tym samym dokonał właściwej oceny i odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie i dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tych też względów wnoszę o oddalenie odwołania.

W dniu 24 stycznia 2022 r. odwołujący złożył dodatkowe stanowisko procesowe, w którym podtrzymał zarzuty i żądania odwołania podniósł, że istota sprawy jest ocena prawnych konsekwencji prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 123/21 i zakres związania wyrokiem oraz res iudicata. Podkreślił ponownie, że o fakcie odrzucenia jego oferty w postępowaniu Annapol, o nieprawomocnym i zażalenie wyroku Izby sygn. akt KIO 2080/21 jak również o tym, że wyrok ten został zmieniony przez Sąd Okręgowy w Warszawie informował zamawiającego, a zamawiający nadal nie przyjmuje do wiadomości konsekwencji faktu, że Sąd Okręgowy w Warszawie ustalił, że w postępowaniu Annapol odwołujący nie dopuścił się wprowadzenia w błąd tamtejszego zamawiającego. Podkreślił, że zarzuty skargi oparł na naruszeniu prawa materialnego i to naruszenie znalazło uznanie w wyroku Sądu Okręgowego. Podkreślił, że prawomocnym wyrokiem potwierdzono, że odwołujący nie wprowadził Tramwajów Warszawskich w błąd, nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy i przysługuje mu roszczenie odszkodowawcze od Tramwajów Warszawskich. Natomiast w tym postępowaniu zamawiający wadliwie przyjął, że odwołujący wprowadził w błąd Tramwaje Warszawskie, że został skutecznie wykluczony i wypełnił dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a w konsekwencji powinien był poddać się procedurze self-cleaning. Oznacza to w ocenie odwołującego, że zamawiający próbuje konsekwencjami niezgodnego z prawem działania Tramwajów Warszawskich obciążyć odwołującego. Podkreślił, że zakres związania sądu treścią prawomocnego orzeczenia oznacza zakaz dokonywania ustaleń sprzecznych z uprzednio osądzoną kwestią, a nawet niedopuszczalność prowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego. Prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy i inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach przewidzianych w ustawie także inne osoby. Prawomocne orzeczenie odpowiada rzeczywistości stanowi prawnemu, potwierdza go i czyni niewątpliwym, a sąd obowiązany jest uznać, że kwestia prawna, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia w innej sprawie, a która ma znaczenie prejudycjalne w sprawie przez niego rozpoznawanej, kształtuje się tak jak przyjęto w prawomocnym wcześniejszym wyroku i w późniejszym procesie nie może już być badana. Tym samym zamawiający nie może dokonywać oceny postępowania Annapol w sposób dla siebie wygodny, zgodny z aktualnymi interesami z pominięciem prawomocnej treści orzeczenia sądowego, a Izba pozostaje tym wyrokiem związana. Nadto odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 552 ust. 1 ustawy nakazujący Izbie uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dniu 24 stycznia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym wydatków pełnomocnika.

Podniósł, że:

W rozdziale IX ust. 1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, zama-

wiający określił:

„Zgodnie z art. 57 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1) — 5) i 7) — 10) ustawy PZD, (...)”.

Te same przesłanki wykluczenia zostały wskazane również w sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego pod numerem 2021/S 139-368804.

W dniu 30 września 2021 r. wykonawca Trakcja S.A., w odpowiedzi na wezwanie (pismo znak: KFZOI.210.29.2021.WC/14, UNP: 2021-0430632 z dnia 20.09.2021 r.), o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy, złożył za pośrednictwem Platformy Zakupowej oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień złożenia, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, w tym m.in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia wykonawcy, zwany dalej „JEDZ” (plik o nazwie: „załącznik nr 3 do swz - __jedz TRAKCJA-sig”).

W części III, sekcja C dokumentu JEDZ, w kolumnie przeznaczonej do udzielania odpowiedzi na pytania: Czy wykonawca może potwierdzić, że:

- a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) nie zataił tych informacji;
- c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? ”, Wykonawca wpisał odpowiedź:

„[X] Nie

Wykonawca informuje, że pismem z dnia 2 lipca 2021 r. został wykluczony z postępowania pn. „ Budowa zajezdni Annapol ” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Miasto Stołeczne Warszawa. Podstawą wykluczenia był art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku. Wykonawca informuje jednocześnie, że 12 lipca 2021 r. złożone zostało od powyższej decyzji odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które oddalone zostało wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2021 r. (sprawa o sygn. KIO 2080/21).

Na obecnym etapie wykonawca wniósł skargę do sądu okręgowego w dniu 20.09.2021 r. ”

W art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, który w ustawie, stanowi odpowiednik art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, wskazano:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

10) 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. ”

Istotnym jest fakt, iż ww. przepis ustawy, dotyczy sytuacji wykluczenia nie tylko z tego konkretnego postępowania, w którym zamawiający w SWZ przewidział powyżej wskazaną podstawę wykluczenia, ale konsekwencje wykluczenia rozciągają się również na inne postępowania publiczne u innych zamawiających.

W art. 111 pkt 6) ustawy ustawodawca wskazał natomiast, że w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, wykluczenie wykonawcy - roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Istotnym jest fakt, iż przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, dotyczy sytuacji wykluczenia nie tylko z tego konkretnego postępowania w którym doszło do naruszenia wskazanego w ww. przepisie, ale konsekwencje wykluczenia rozciągają się również na inne postępowania publiczne u innych zamawiających którzy w SWZ wskazali ww. podstawę wykluczenia i trwają przez okres 12 miesięcy od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego podniesionym w odwołaniu, w przypadku zaistnienia okoliczności o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, okres 12 miesięcy karencji tj. zakazu udziału w przetargach, liczony jest od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z informacjami zawartymi w JEDZ i wskazanym przez odwołującego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) z dnia 27 sierpnia 2021 r. o sygn. KIO 2080/21, wykluczenie Trakcji S.A. z postępowania pn. „Budowa zajezdni Annopol” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. oraz Miasto Stołeczne Warszawa, nastąpiło pismem z dnia 02.07.2021 r., a więc miało miejsce przed upływem jednego roku w stosunku do prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Z informacji przekazanej przez wykonawcę — Trakcja S.A. wynika, że nie zgadza się z wykluczeniem, czemu dał wyraz odwołując się do Krajowej Izby Odwoławczej, a dalej z uwagi na niekorzystny dla siebie wyrok KIO, złożył skargę do Sądu, która jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2021 r. została uwzględniona. Niemniej jednak takie działanie Wykonawcy, nie stanowi o tym, iż nie podlegał on wykluczeniu z postępowań publicznych, a złożona przez niego oferta nie podlegała odrzuceniu w niniejszym postępowaniu. W ocenie zamawiającego przesądzające w niniejszej sprawie jest, iż na dzień składania przez odwołującego oferty w postępowaniu tj. 2 września 2021 r., obowiązywał okres 12 miesięcznej karencji — zakazu udziału w przetargach, zaś w tamtym czasie odwołujący nie dysponował wyrokiem Sądu uwzględniającym jego skargę, tym samym ziściły się przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP tj. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”, ponieważ wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 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.”, w związku z art. 111 pkt 6) ustawy: „Wykluczenie wykonawcy następuje (...) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia

W związku z powyższym, wykonawca - Trakcja S.A. podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, w związku z art. 111 pkt 6 ustawy, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom wykonawcy podniesionym w odwołaniu, zamawiający nie zarzucił odwołującemu wprowadzenia go w błąd w tym postępowaniu, tym samym zarzuty Trakcji S.A. w tym zakresie są w całości bezzasadne. Odnosząc się do zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 oraz art. 16 przez zaniechanie jego zastosowania, zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie, mając na uwadze postanowienia SWZ jak również postanowienia art. 109 ust. 1 pkt 10 jak również postanowienia art. 111 pkt 6 ustawy oraz postanowienia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, brak było podstaw do zastosowania ww. przepisu ustawy. Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 110 ust. 2 ustawy przez nieuzasadnione przyjęcie, że Trakcja S.A. powinna przeprowadzić procedurę samooczyszczania, zamawiający wskazał, iż zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nadmieniał jedynie, iż wykonawcom, w tym odwołującemu zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 ustawy, przysługuje uprawnienie do samooczyszczania w przypadku zaistnienia okoliczności 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy, z którego to uprawnienia odwołujący nie skorzystał. Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie istotnym jest fakt, iż w stosunku do odwołującego ziściły się przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, ponieważ Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, tym samym zarzuty odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 110 ust. 2 ustawy, są w całości bezzasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj.: SWZ wraz z załącznikami, wezwania odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy i udzielonej odpowiedzi wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania z dnia 27 grudnia 2021 r., wniosku odwołującego z dnia 30 grudnia 2021 r. wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

W SWZ zamawiający określił jako podstawy wykluczenia:

IX. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu oraz podstawach wykluczenia z postępowania

1. Zgodnie z art. 57 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:
1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1) - 5) i 7) - 10) ustawy

X. Informacja o podmiotowych i przedmiotowych środkach dowodowych

1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, następujących oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia:

1) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej KE (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r., ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16) zwanego dalej „JEDZ”, w następującym zakresie: Część II sekcje A-D, Część III sekcje A-D, Część IV sekcja a (Wykonawca ogranicza się do wypełnienia sekcji a w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV) oraz Część VI. Wzór JEDZ stanowi Załącznik nr 3 do SWZ; Zamawiający informuje, że na stronie internetowej pod adresem: zamieszczone jest elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD/UZP.

3) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu Zamawiający żąda:

f) oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w:

(ix) art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) - 10) ustawy (zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ);

10. JEDZ składa się w formie elektronicznej pod rygorem nieważności (tj. opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu). Podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty i oświadczenia, o których mowa w niniejszym Rozdziale, Wykonawca składa w sposób określony w §6 i §7 Rozporządzenia o elektroniczności.

W dniu 20 września 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy do Zgodnie z treścią rozdziału X SWZ, Zamawiający żąda następujących oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych:

1) oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej KE (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r., ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16) zwanego dalej „JEDZ”, w następującym zakresie: Część II sekcje A-D, Część III sekcje A-D, Część IV sekcja a (Wykonawca ogranicza się do wypełnienia sekcji a w części IV i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV) oraz Część VI. Wzór JEDZ stanowi Załącznik nr 3 do SWZ; Zamawiający informuje, że na stronie internetowej pod adresem: zamieszczone jest elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD/UZP.

3) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu:

f) oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w:

(ix) art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) - 10) ustawy (zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ).

W dniu 30 września 2021 r. odwołujący złożył:

1. Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu:

- Załącznik nr 3 - JEDZ Trakcji S.A.

3. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu:

f. Załącznik nr 7 - Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstawy wykluczenia z postępowania,

W JEDZ-u odwołującego w części C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi odwołujący na pytanie : Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia

kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

oświadczył, że ☐ Tak ☒ Nie

„Wykonawca informuje, że pismem z dnia 2 lipca 2021 r. został wykluczony z postępowania pn. „Budowa zajezdni Annopol” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miasto Stołeczne Warszawa. Podstawą wykluczenia był art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku. Wykonawca informuje jednocześnie, że 12 lipca 2021 r. złożone zostało od powyższej decyzji odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które oddalone zostało wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2021 r. (sprawa o sygn. KIO 2080/21). Na obecnym etapie wykonawca wniósł skargę do sądu okręgowego w dniu 20.09.2021r”.

Załącznik nr 7 do SWZ Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) odwołujący oświadczył, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia) w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: i) art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) - 10) ustawy są aktualne.

W dniu 27 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę:

Konsorcjum firm w składzie:

Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane AGAD sp. z o.o., ul. Chrzanowskiego 23 B, 87-100 Toruń, (Lider Konsorcjum) i Firma Usługowo Handlowa ACS A. G., ul. Chrzanowskiego 25, 87-100 Toruń, (Partner Konsorcjum).

Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryterium oceny ofert określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj.: cena brutto (C) - 100%.

Zamawiający działając w oparciu o art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy zawiadomił, iż odrzucił ofertę nr 1 złożoną przez Wykonawcę Trakcja S.A., Al. Jerozolimskie 100, II p., 00-807 Warszawa. Oferta Wykonawcy Trakcja S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, tj. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”, ponieważ Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 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.”, w związku z art. 111 pkt 6) ustawy: „Wykluczenie wykonawcy następuje (.) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”.

W rozdziale IX ust. 1 pkt 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, Zamawiający określił:

„Zgodnie z art. 57 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1) - 5) i 7) - 10) ustawy Pzp,

Te same przesłanki wykluczenia zostały wskazane również w sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego pod numerem 2021/S 139-368804.

W dniu 30.09.2021 r. Wykonawca Trakcja S.A., w odpowiedzi na wezwanie (pismo znak: KFZ01.210.29.2021.WC/14, UNP: 2021-0430632 z dnia 20.09.2021 r.), o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, złożył za pośrednictwem Platformy Zakupowej oświadczenia i podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień złożenia, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, w tym m.in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia Wykonawcy, zwany dalej „JEDZ” (plik o nazwie: „załącznik_nr_3_do_swz_-_jedz_TRAKCJA-sig”).

Wykonawca w części III, sekcja C dokumentu JEDZ, w kolumnie przeznaczonej do udzielania odpowiedzi na pytania:

„Czy wykonawca może potwierdzić, że:

- a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) nie zataił tych informacji;
- c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”

wpisał odpowiedź:

„[x] Nie

Wykonawca informuje, że pismem z dnia 2 lipca 2021 r. został wykluczony z postępowania pn. „Budowa zajezdni Annopol” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miasto Stołeczne Warszawa. Podstawą wykluczenia był art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku. Wykonawca informuje jednocześnie, że 12 lipca 2021 r. złożone zostało od powyższej decyzji odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, które oddalone zostało wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2021 r. (sprawa o sygn. KIO 2080/21). Na obecnym etapie wykonawca wniósł skargę do sądu okręgowego w dniu 20.09.2021 r.”

Poza informacją wskazaną powyżej, Wykonawca Trakcja S.A. nie przedstawił innych informacji, jak również nie przedstawił żadnych dokumentów w zakresie ww. wykluczenia i ewentualnych działań podjętych w jego konsekwencji przez Wykonawcę.

Zamawiający nadmieniał, że podstawa wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 17) na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, ma swoje odniesienie w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, obowiązującej od 01.01. 2021 roku, o treści:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(.)

10) 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.”

Jak zostało wspomniane wcześniej, ww. przesłanka wykluczenia, określona w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, została wskazana w zapisach rozdziału IX ust. 1 pkt 1) SWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu. Art. 111 pkt 6) ustawy wskazuje natomiast, że w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z informacjami zawartymi w JEDZ i wskazanym przez Wykonawcę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) z dnia 27 sierpnia 2021 r. o sygn. KIO 2080/21, wykluczenie Trakcji S.A. z postępowania pn. „Budowa zajezdni Annopol” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. oraz Miasto Stołeczne Warszawa nastąpiło pismem z dnia 02.07.2021 r., a więc miało miejsce przed upływem jednego roku w stosunku do aktualnie prowadzonego postępowania przez Zamawiającego PKP S.A.

Z informacji przekazanej przez Wykonawcę - Trakcja S.A. wynika, że nie zgadza się z wykluczeniem, czemu dał wyraz odwołując się do Krajowej Izby Odwoławczej, a dalej z uwagi na niekorzystny dla siebie wyrok KIO, złożył skargę do Sądu. Niemniej jednak takie działanie Wykonawcy nie stanowi o tym, iż nie podlega on wykluczeniu z postępowań publicznych, a złożone przez niego oferty nie podlegają odrzuceniu przez okres roku od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Ponadto, nadmieniał, że w art. 110 ust. 2 ustawy Ustawodawca przewiduje obowiązek odstąpienia przez zamawiającego od wykluczenia wykonawcy, pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy, ale warunkiem tego odstąpienia jest udowodnienie zamawiającemu przez Wykonawcę, że podjął on działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy obszarach. W pierwszej kolejności wykonawca musi naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy). Następnie powinien aktywnie współpracować przy wyjaśnianiu nieprawidłowego postę-

powania (art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy). Wreszcie jest obowiązany podjąć środki techniczne, organizacyjne i kadrowe w celu zapobieżenia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy). Wykonawca powinien zatem podjąć działania naprawcze (art. 110 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy) oraz zapobiegawcze (art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy), których celem jest przywrócenie jego rzetelności.

Jak wynika z brzmienia zdania wprowadzającego do ww. wyliczenia (art. 110 ust. 2 ustawy), działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 muszą być podjęte łącznie. Jednocześnie szczegółowa analiza katalogu tych działań wskazuje, że powinny być one dostosowane do konkretnego naruszenia. Jeżeli przykładowo z nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie wynika żadna szkoda, działania nie będą obejmowały naprawienia szkody zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy. Z kolei jeśli fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy są oczywiste, niepotrzebne będzie ich wyjaśnianie zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nasuwa się na tym tle wniosek, że działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy muszą być podjęte łącznie, pod warunkiem, że w danym przypadku określone działanie nie jest bezprzedmiotowe.

Z brzmienia art. 110 ust. 2 ustawy wynika, że samo podjęcie działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy nie jest wystarczające. Wykonawca musi udowodnić te działania zamawiającemu. Ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa zatem na wykonawcy. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 ustawy, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca musi przedstawić dowody z własnej inicjatywy.

Powyższe twierdzenia potwierdza treść motywu 102 preambuły Dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym, wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Udowodnienie samooczyszczenia jest elementem aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym, która zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2) ustawy, stanowi warunek skutecznego samooczyszczenia. Wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli, by dowieść mu przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny. Ta aktywna współpraca powinna polegać na tym, że wykonawca bez wezwania złoży kompletne dowody, wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeśli wykonawca przedstawi niekompletne, a tym samym nierzetelne informacje, nie zostanie spełniona konieczna przesłanka samooczyszczenia. Współpraca z zamawiającym obejmuje również wyjaśnienie, czy istnieje podstawa wykluczenia. Oznacza to, że w celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wykonawca musi wyczerpująco wyjaśnić 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. Należy zatem oczekiwać, że wykonawca będzie aktywnie, czyli samodzielnie, z własnej inicjatywy współpracował z właściwymi organami oraz zamawiającym. (patrz: Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza - Urząd Zamówień Publicznych).

W kontekście przytoczonych wyżej przepisów prawnych i ich interpretacji, wskazać należy, że Wykonawca - Trakcja S.A., poza lakonicznym poinformowaniem Zamawiającego, przez zamieszczenie w JEDZ informacji o zachodzących wobec niego podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, nie przedstawił praktycznie żadnych wyjaśnień, jak również nie przedłożył dokumentów, takich chociażby jak skarga złożona do Sądu na orzeczenie wydane przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2080/21 z dnia 27.08.2021 r. Zamawiający samodzielnie odszukał wydany w sprawie wyrok KIO z dnia 27.08.2021 r., przywołany przez Wykonawcę w dokumencie JEDZ. Biorąc zatem pod uwagę:

- zapisy SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie podstaw wykluczenia, gdzie Zamawiający w fakultatywnych przesłankach wykluczenia przewidywał wykluczenie wykonawcy, 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 (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy),
- treść informacji zawartych w dokumencie JEDZ Wykonawcy Trakcja S.A., z których jednoznacznie wynika, że Wykonawca został wykluczony z postępowania pn. „Budowa zajezdni Annapol” prowadzonego przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. oraz Miasto Stołeczne Warszawa na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29

stycznia 2004 roku, która to podstawa prawna ma swoje odniesienie właśnie w art. 109 ust. 1 pkt 10) aktualnie obowiązującej ustawy;

- fakt, że wykluczenie Wykonawcy Trakcja S.A. z postępowania pn. „Budowa zajezdni An-nopol” nastąpiło pismem z dnia 02.07.2021 r., a więc miało miejsce przed upływem jednego roku w stosunku do niniejszego postępowania,
- brak jakichkolwiek dokumentów czy wyjaśnień wskazujących na podjęcie przez Wykonawcę inicjatywy samooczyszczenia, które jak zostało to już wskazane wcześniej, powinno być dokonane przez Wykonawcę z jego własnej inicjatywy i bez wezwania, gdyż jego istotą jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę i to wykonawca musi wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, zamawiający stwierdził, że istnieje niezaprzeczalna przesłanka wykluczenia Wykonawcy Trakcja S.A. z przedmiotowego postępowania. Nie występują, a co za tym idzie, nie mają tu zastosowania, wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy, przesłanki dające Zamawiającemu możliwość rozważenia odstąpienia od wykluczenia Wykonawcy.

W związku z powyższym Wykonawca Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, w związku z art. 111 pkt 6 ustawy, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W dniu 30 grudnia 2021 r. odwołujący wniósł o dokonanie przez zamawiającego autokorekty podjętych czynności oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie Wykonawcy i złożonej przez niego oferty jest całkowicie nieuzasadnione. Wykonawca bowiem nie wprowadził Zamawiającego w błąd, wręcz przeciwnie, wskazując na toczące się postępowanie skargowe przed Sądem Okręgowym w Warszawie, wykazał się troską o transparentność relacji z Zamawiającym.

Za zupełnie nietrafione uznać należy twierdzenie Zamawiającego opierające się na braku przeprowadzenia przez Wykonawcę procedury samooczyszczenia. Zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, działania w ramach samooczyszczenia podejmować powinien wykonawcy, który przyznaje się do ziszczenia się względem niego przesłanki wykluczenia, lub, gdy zostanie to stwierdzone prawomocnym wyrokiem. Tak długo jak wykonawca utrzymuje, że przesłanka wykluczenia nie występuje i, w celu dowiedzenia tej okoliczności, korzysta ze swoich praw na ścieżce odwoławczej czy sądowej, nie można stwierdzić, że powinien on przeprowadzać działania w ramach samooczyszczenia. Do takich wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 30 sierpnia 2021 r. (sygn. KIO 1922/21): „Izba w tym składzie orzekającym podziela pogląd, że warunkiem niezbędnym dopuszczalności samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę istnienia w stosunku do niego podstaw wykluczenia (vide przykładowo wyroki w sprawach KIO 139/17, wyrok KIO 1101/17, KIO 1034/17). Wówczas bowiem podjęte przez wykonawcę środki naprawcze są możliwe do oceny i stwierdzenia, czy są one adekwatne do stwierdzonych przyczyn wykluczenia i dają podstawę do uznania, że wykonawca nie dopuści się podobnych czynów w przyszłości. Konsekwentnie twierdzenie przez wykonawcę, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17, stoi w sprzeczności z tezą, że wykonawca podjął realne działania naprawcze”.

Definitywnym i jednoznacznym dowodem na prawidłowość działań Wykonawcy jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 grudnia 2021 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. XXIII Zs 123/21, w którym Sąd rozstrzygnął skargę wniesioną przez Wykonawcę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2080/21 (który to wyrok stanowił podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy przez Zamawiającego), w którym Sąd zmienił zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej i stwierdził naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

Tym samym Sąd Okręgowy w Warszawie w pełni podzielił argumentację Wykonawcy, co oznacza, że:

- a) Wykonawca nie wprowadził zamawiającego (Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie i Miasto Stołeczne Warszawa) w błąd w prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i, tym samym
- b) nie istnieją jakiegokolwiek podstawy do przeprowadzenia przez Wykonawcę procedury samooczyszczenia.

Wykonawca oświadcza, że okoliczności podniesione powyżej zostaną szczegółowo wyłożone w odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej kwestionującym czynność od-

rzucenia oferty Wykonawcy. Niemniej jednak, kierując się świadomością, iż Zamawiający może nie wiedzieć o wydaniu przez Sąd Okręgowy powyższego orzeczenia, Wykonawca składa niniejsze pismo. Do pisma załączony został przywołany wyrok. Ponadto, biorąc pod uwagę, że Sąd Okręgowy w Warszawie nie przesłał jeszcze Wykonawcy pisemnego uzasadnienia orzeczenia, załączył również skargę.

Ze skargi od wyrok KIO 2080/21 wynika, że odwołujący zaskarżył wyrok w następującym zakresie:

1.

(i) w odniesieniu do sprawy o sygn. KIO 2080/21 (pkt 3 Wyroku) w części dotyczącej oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Skarżącego z udziału w postępowaniu (zarzut 1 i 3 odwołań) ;

(ii) pkt 9 Wyroku - w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

(a) naruszenie przepisu prawa materialnego, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych („Pzp”), przez jego błędną wykładnię skutkującą uznaniem przez Izbę, że wykluczenie Wykonawcy z Postępowania było zasadne, gdy tymczasem nie doszło do spełnienia się wszystkich przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w szczególności brak było podstaw do przyjęcia, że, w momencie podejmowania przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu z postępowania, podane błędne informacje miały lub też mogły mieć istotny wpływ na decyzje tego podmiotu - takie stanowisko Izby wynika wyłącznie z zignorowania szeregu istotnych okoliczności, na które wskazywał Wykonawca (opisane w szczegółach w uzasadnieniu Skargi), a także niewyrażonej wprost w przepisach, nieliteralnej, rozszerzającej, a przez to błędnej wykładni ww. przepisu i przyjęcia, że podstawą wykluczenia w związku z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest również „polepszenie sytuacji” wykonawcy w postępowaniu, o czym nie wspomina przedmiotowa regulacja, która mówi o „wpływie na decyzję” (co nie jest tym samym), a co w ostateczności skutkowało błędnym zastosowaniem tego przepisu, a także naruszeniem zasady uczciwej konkurencji;

(b) naruszenie przepisu postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. 542 ust. 1 nPzp, poprzez brak wszechstronnego rozważania zgromadzonego materiału dowodowego, skutkujące ustaleniami stanu faktycznego sprzecznymi z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz poprzez pominięcie ustaleń i wyjaśnień istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, czyli nie przeprowadzenie prawidłowego postępowania dowodowego, w szczególności przejawiające się brakiem uwzględnienia okoliczności wskazywanych przez Wykonawcę w treści wyjaśnień z dnia 30 czerwca 2021 r., co doprowadziło Izbę do błędnego ustalenia w zakresie spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;

c) naruszenie przepisu postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 559 ust. 2 nPzp, poprzez sporządzenie uzasadnienia Wyroku w niniejszej sprawie w sposób wadliwy, lakoniczny i bez wyjaśnienia istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności, w tym:

- pominięcie w treści uzasadnienia wskazania, na czym polega rzeczywisty lub potencjalny wpływ (co stanowi jedną z przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) nieprawdziwej informacji podanej przez Wykonawcę na decyzje Zamawiającego;

- pominięcie w treści uzasadnienia odpowiedzi na pytanie o to, na jakie decyzje Zamawiającego, choćby potencjalnie, informacje nieprawdziwe podane przez Wykonawcę w Wykazie mogły mieć istotny wpływ - w tym zakresie Izba ograniczyła się do samego stwierdzenia o tym, że przedstawienie takich informacji „z pewnością” mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

d) naruszenie przepisu postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 552 ust. 1 nPzp, przez uznanie, że ziszczenie się przesłanki wpływu na decyzje Zamawiającego, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nastąpiło, gdyż nieprawdziwe informacje „przybliżają” Wykonawcę do wykazania spełnienia warunku (w ewentualnej procedurze uzupełniającej Wykonawca musiałby uzupełnić jedynie 10 brakujących miesięcy), a zatem mógłby w przyszłości to wykazać, gdy tymczasem, zgodnie z art. 552 ust. 1 nPzp, wydając Wyrok, Izba zobligowana była do wzięcia pod uwagę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego, a stan ten nie obejmował procedury uzupełniającej (nie miała ona miejsca w Postępowaniu, ewentualnie mogła, ale nie musiała, mieć miejsce w przyszłości).

Wniósł o:

- uwzględnienie niniejszej Skargi w całości i zmianę Zaskarżonego Wyroku (w pkt. 3) oraz

orzeczenie co do istoty sprawy, tj. uwzględnienie odwołania i uznanie, że wykluczenie Wykonawcy z Postępowania było niezasadne;

(2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą;

(3) zmianę Zaskarżonego Wyroku w pkt. 9 i zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

(4) zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów postępowania skargowego (II instancyjnego) i kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Zs 123/21 wynika, że na skutek skargi odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2021r. sygn. akt KIO 2080/21 Sąd

1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 3 i stwierdza naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych

2. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 9 w ten sposób, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Tramwaje Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie i w pkt.9.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 złotych uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakcja S.A, w Warszawie, Polimex S.A, w Warszawie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 9.2 zasądza od Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie i Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakcja S.A, w Warszawie, Polimex S.A, w Warszawie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie 23.600 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

3. zasądza od Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie i Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakcja S.A, w Warszawie, Polimex S.A, w Warszawie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie 72.500 zł (siedemdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawą dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 6) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy przez niezasadne ich zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na objęcie Trakcji roczną „karencją” (zakazem udziału w przetargach), o jakiej mowa w treści art. 111 pkt 6 ustawy, a to w związku z wykluczeniem odwołującego w innym postępowaniu z powodu rzekomego dopuszczenia się przez Trakcję wprowadzenia w błąd zamawiającego (naruszenia dawnego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy), podczas gdy - co wynika z orzeczenia SO w Warszawie - ww. decyzja zamawiającego o wykluczeniu Trakcji z innego przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy była nieprawidłowa, błędna i całkowicie niesłuszna, a zatem nie można powiedzieć, że wystąpiło zdarzenie będące podstawą wykluczenia, o którym mowa w treści art. 111 pkt 6) ustawy.

Zarzut potwierdził się. Izba ustaliła, że przystępujący w JEDZ na pytania :

Czy wykonawca może potwierdzić, że:

a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych

do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) nie zataił tych informacji;

c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?
Odpowiedział NIE, natomiast wykonawca podał, że wniósł skargę na orzeczenie Izby sygn. akt KIO 2080/21 w dniu 20 września 2021 r.

Izba stoi na stanowisku, że dokument JEDZ jest dokumentem uniwersalnym dostosowanym do postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w każdym z państw członkowskich. Tym samym nie można bez uwzględniania brzmienia przepisów prawa krajowego implementującego prawa wspólnotowe ocenić udzielonych w jego treści odpowiedzi (oczywiście pod warunkiem, że nie są sprzeczne z postanowieniami prawa wspólnotowego). Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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 art. 110 ust. 1 ustawy wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Z przytoczonych przepisów prawa wykonają następujące wnioski:

1. pytania postawione w JEDZ muszą być odczytywane jako pytania o brak podstawy wykluczenia, a więc jeśli wykonawca deklaruje słowo „NIE”, to nie można w sposób bezrefleksyjny ocenić, że wykonawca wyraził wolę oświadczenia, że nie może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd. Zwłaszcza, że sam JEDZ wskazuje, że „Należy zauważyć, że do celów niniejszego zamówienia niektóre z poniższych podstaw wykluczenia mogą być zdefiniowane bardziej precyzyjnie w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia. Tak więc prawo krajowe może na przykład stanowić, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” może obejmować kilka różnych postaci zachowania stanowiącego wykroczenie.” Tym samym skoro odwołujący zakreślił słowo „NIE” i jednocześnie podał, że skarży czynność wykluczenia przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie, to w ocenie Izby nie można było jednoznacznie przyjąć, że wykonawca przyznał, że spełnia przesłanki wykluczenia. Co więcej przeczy temu kolejna czynność odwołującego jaką było przekazanie zamawiającemu sentencji wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie sygn. akt XXIII Zs 123/21.

2. Izba wzięła też pod uwagę, że zamawiający istnienie bądź nieistnienie przesłanek wykluczenia ma badać na każdym etapie postępowania, o czym wprost stanowi art. 110 ustawy, co więcej JEDZ jest tymczasowym podmiotowym środkiem dowodowym i jeśli zamawiający poweźmie wątpliwości, co do jego aktualności powinien wezwać w każdym czasie wykonawcę do złożenia tego podmiotowego środka dowodowego aktualnego na dzień złożenia. Tym samym niezasadna jest teza zamawiającego, że zamawiający ma badać tylko i wyłącznie to, czy wykonawca nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu na datę składania ofert.

Izba podziela także stanowisko odwołującego, co do tego, że wykonawcom służy prawo korzystania ze środków ochrony prawnej wynikające z ustawy i odnoszące się do każdej czynności lub zaniechania zamawiającego, co więcej kontrola ta jest dwuinstancyjna i wyrok Izby wprawdzie podlega wykonaniu po jego wydaniu, w tym wydanie orzeczenia przez Izbę znosi zakaz zawarcia umowy, jednak wyrok ten do upływu terminu na wniesienie skargi lub do momentu wydania orzeczenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie nie posiada waloru wyroku prawomocnego.

Zgodnie z motywem 17 dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 11 grudnia 2007 r. Procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 i 9 Państwa członkowskie zapewniają efektywne wykonanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

9. W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art.234 Traktatu i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

W ocenie Izby nie da się zatem pogodzić z efektywnością systemu odwoławczego sytuacji, w której wydanie prawomocnego orzeczenia sądowego w wyniku kontroli instancyjnej orzeczenia Izby nie mogło wywrzeć wpływu na decyzje zamawiającego wadliwie podjęte w toku procedury o udzielenie zamówienia jedynie z tego względu, że w dacie składania ofert nie był jeszcze znany wynik postępowania sądowego. Przyjęcie interpretacji dokonanej przez zamawiającego i przystępującego w tym postępowaniu w ocenie Izby rodziłoby bowiem sytuację, w której wykonawca uzyskujący korzystne dla siebie prawomocne rozstrzygnięcie nie mógł skutecznie się na nie powoływać z uwagi na upływ terminu do składania ofert. Słusznie również podnosi odwołujący, że istotą sporu pomiędzy zamawiającym Tramwaje Warszawskie, a odwołujących było to, czy zaistniało zdarzenie uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania Annopol. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Warszawie kończąc ten spór pomiędzy stronami przesądziło, że takie zdarzenie nie miało miejsca. W konsekwencji zamawiający pozyskując wiedzę o orzeczeniu sądowym uznającym za niebyłe wykluczenie odwołującego z postępowania Annopol powinien był ustalić, czy nie zachodzi potrzeba aktualizacji oceny tymczasowego podmiotowego środka dowodowego jakim był JEDZ złożonym przez odwołującego. Stanowisko, że decyzja zamawiającego była prawidłowa, bo w dacie składania ofert wykonawca był wykluczony z postępowania Annopol, jest o tyle nieprawidłowa, że Sąd Okręgowy stwierdził, że wykluczenie to było wadliwe, a w konsekwencji nieskuteczne. Orzeczenie sądowe uchyliło zatem czynności zamawiającego Tramwaje Warszawskie, od momentu jej podjęcia. W konsekwencji zaś wydania tego orzeczenia zamawiający winien był zweryfikować, że od daty wydania tego orzeczenia, wykluczenie nie nastąpiło, ale ze skutkiem od dnia 2 lipca 2021 r., a więc na długo przed terminem składania ofert. Przyjęcie tezy przeciwnej podważałoby w ogóle sens istnienia środków ochrony prawnej i podważałoby skuteczność prawa do obrony swoich praw przez stronę, co oczywiście nie może się ostać.

Izba nie podziela obaw zamawiającego i przystępującego o nadużywanie prawa do sądu przez wykonawców zwłaszcza w świetle art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy, z którego wynika, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy jeżeli zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Nadto przed niepożądanymi zachowaniami wykonawców i niełojalnym korzystaniem ze środków ochrony prawnej chroni zamawiającego bariera fiskalna w postaci wpisu od odwołania i opłaty od skargi, a także krótkie terminy instrukcyjne rozpoznania odwołania i skargi oraz udział uczestników postępowania, którzy w tym zakresie mogą wspomagać zamawiającego w zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania. Tym samym Izba uznała, że zamawiający nie dokonując ponownego badania przesłanek wykluczenia po powzięciu informacji o treści sentencji wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Zs 123/21 i dokonując odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty uczestnika postępowania dopuścił się naruszenia zarzucanych mu przepisów prawa.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 110 ust. 2 ustawy przez nieuzasadnione przyjęcie, że Trakcja powinna przeprowadzić procedurę samoocyszczczenia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba zauważa, że instytucja self-cleaningu służy jedynie wykonawcom, co do których zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania. W ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo zastosował wobec wykonawcy przepis art. 111 pkt 6 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 i w konsekwencji wadliwie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Oznacza to, że odwołujący nie podlegając wykluczeniu z postępowania Annopol, nie podlegał także wykluczeniu z tego postępowania z uwagi na roczny zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne wynikający z art. 11 ust. 6 ustawy. Tym samym nie zachodziła podstawa do skorzystania z art. 110 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy przez jego niezasadne zastosowanie w odniesieniu do informacji ujętych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) składanym w postępowaniu, będące konsekwencją błędnego uznania, że odwołujący, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

Zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że nie wykluczył odwołującego z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w tym postępowaniu, a odwołujący w wyniku tego oświadczenia nie podnosił argumentacji związanej z zarzutem. Izba również nie dopatrzyła się w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, aby ze stanowiska zamawiającego wynikało, że ocenia on informacje przedstawione przez odwołującego w JEDZu jako wprowadzające w błąd. Przeciwnie zamawiający uważał, że wykonawca podał informacje stanowiące o istnieniu podstawy wykluczenia w tym postępowaniu i podnosił, że mimo istnienia tej podstawy odwołujący nie skorzystał z instytucji samoczyszczenia. Z tego wynika, że nie uznawał podanych mu informacji za wprowadzające w błąd, ale umożliwiające mu ocenę istnienia podstaw wykluczenia u odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 oraz art. 16 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania w przypadku, w którym zamawiający miał wątpliwości odnośnie ilości związanych z postępowaniem pn. „Budowa zajezdni Annopol” i, będącego jego konsekwencją, postępowania skargowego, w konsekwencji czego nie wezwał on odwołującego do wyjaśnień

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający mając informacje o nieprawomocności orzeczenia KIO 2080/21 przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego powinien był skorzystać z możliwości ustalenia czy i na jakim etapie jest rozpoznanie wniesionej skargi. Zamawiający mógł też skorzystać z możliwości zażądania od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień związanych z wykluczeniem go z postępowania Annopol. Zamawiający z jednej strony oczekiwał przeprowadzenia przez odwołującego procedury self-cleaningu, która przecież również daje wykonawcy i to nierzetelnemu prawo do złożenia wyjaśnień i podjęcia próby wykazania, że stan nierzetelności ustał. Tym bardziej zatem w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności, co do możliwości negatywnego dla wykonawcy wyniku postępowania sądowego, a ma ono wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie swego stanowiska w sprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający nie dokonując oceny sytuacji odwołującego w postępowaniu na każdym etapie postępowania i pomijając informację o korzystnym dla odwołującego wyroku sądowym potraktował go nierówno z innymi wykonawcami, czym naruszył art. 16 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 w związku z par. 7 ust.

1 pkt 1 rozporządzenia obciążając kosztami zamawiającego. Izba na podstawie akt postępowania, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 20 000 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika, które wykazał rachunkiem na kwotę 3 600zł., z tego względu Izba nakazała zamawiającemu, aby zwrócił odwołującemu oba poniesione koszty. Nieuwzględnienie jednego z zarzutów odwołania, nie powoduje, że odwołujący nie osiągnął celu postępowania jakim było przywrócenie go do postępowania, stąd też Izba korzystając z par. 7 ust. 5 rozporządzenia odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów.

Przewodniczący:

Członkowie: