Sygn. akt: KIO 375/22

WYROK

z dnia 14 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Justyna Tomkowska

Członkowie:Aleksandra Kot

Maksym Smorczewski

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 lutego i 10 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 roku przez wykonawcę Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo

Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Sweco Polska Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - Sweco Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego -

Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech

tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 375/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem pn.: Opracowanie koncepcji programowo-planistycznej pod nazwą Master plan dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z perspektywą do roku 2050. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.06.2021 r., numer ogłoszenia: 2021/S 112-295205,

W dniu 14 lutego 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, w związku z art. 513 pkt 1) i pkt 2) oraz art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej jako „Pzp"), odwołanie złożył wykonawca Sweco Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowy i niezgodnym z prawem odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, w związku z art. 362 pkt 1 Pzp, z powołaniem się na zaistnienie przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) oraz pkt 10) Pzp, jak również na dokonanie przez Zamawiającego pozostałych czynności lub zaniechań w zakresie wskazanym w części wstępnej i w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. Art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez niewypełnienie wymagań przepisu, tj. brak uzasadnienia faktycznego przyczyn wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty w „Informacji o odrzuceniu oferty" z dnia 04 lutego 2022 r.;

2. Art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp, w zw. z art. 128 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 4 Pzp poprzez nieprawidłowe zastosowanie przepisów, a w konsekwencji niezasadne uznanie, iż w odniesieniu do Sweco ziściły się przesłanki wykluczenia, w szczególności poprzez błędne przyjęcie, że Sweco przedłożyło dwa, wzajemnie sprzeczne ze sobą dokumenty JEDZ, z których pierwszy, złożony przez w dniu 15 lipca 2021 r., zawierał informacje nieprawdziwe, bowiem nie informował o rozwiązaniu umowy, rzekomo zaistniałym z dniem 6 maja 2021 r.;

3. Art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a także art. 109 ust. 3 Pzp, poprzez nieprawidłowe zastosowanie przepisów, a w konsekwencji na przyjęcie, iż w odniesieniu do Odwołującego zaistniała podstawa do wykluczenia, mimo iż nie ziściły się elementy konieczne dla wykluczenia, a nadto której nie można ewentualnie zniwelować poprzez uznanie, iż taka sankcja względem Sweco byłaby nieproporcjonalna, choć nie istnieją dowody na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Sweco;

4. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp poprzez nieprawidłowe zastosowanie przepisu jako

konsekwencji błędnie wykonanych czynności opisanych powyżej i nieuzasadnione odrzucenie oferty Sweco;

5. Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) Pzp polegające na przeprowadzeniu postępowania z naruszeniem podstawowych zasad, tj. bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, poprzez zastosowanie odmiennych standardów badania i oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp dla wykonawcy Sweco, w porównaniu ze standardami zastosowanymi w odniesieniu do badania i oceny istnienia przesłanki wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy MGGP SA z siedzibą w Tarnowie (dalej jako: „MGGP"), którego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza;

6. Art. 17 ust. 2 Pzp poprzez powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,

oraz, jako zarzut ewentualny:

7. Art. 128 ust. 4 Pzp, w związku z art. 128 ust. 6 i art. 126 ust. 3 Pzp oraz w związku z § 2 ust. 1 pkt 7) lit. i) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako: „Rozporządzenie"), poprzez zaniechanie przeprowadzenia badania oświadczenia wykonawcy MGGP złożonego w dniu 2 lutego 2022 r., o aktualności informacji zawartych w dokumencie JEDZ i uzupełnianych załącznikach do JEDZ, przedłożonych przez tego wykonawcę w miesiącach: lipcu i sierpniu 2021 r. - czyli 6 miesięcy wcześniej, w zakresie badania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca MGGP w tamtym okresie czasu powołał się na konieczność poddania sprawy związanej z odstąpieniem od umowy pod przyszłe rozstrzygnięcie sądu.

Odwołujący wnosił o:

1) Uwzględnienie odwołania w całości;

2) Nakazanie Zamawiającemu uchylenia wadliwych decyzji z dnia 04 lutego 2022 r. poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty MGGP jako najkorzystniejszej oraz poprzez unieważnienie czynności wykluczenia Sweco oraz unieważnienie odrzucenia jego oferty;

3) Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. dopuszczenie jako dowodów i przeprowadzenie przez Izbę badania porównawczego następujących dokumentów zastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa (dokumenty znajdują się w aktach postępowania):

-/ wyjaśnień do dokumentu JEDZ i załączników do niego przedłożonych przez MGGP w dniu 5 sierpnia 2021 r. dotyczących okoliczności odstąpienia od umowy,

-/ informacji i wyjaśnień przedłożonych przez Sweco w dniach: 19 stycznia 2022 r. (przedłożenie aktualizacyjnego dokumentu JEDZ) oraz 27 stycznia 2022 r. (przedłożenie dodatkowych informacji i wyjaśnień dla aktualizacyjnego dokumentu JEDZ), na okoliczność ewentualnego udowodnienia, że przy badaniu wykonawców: MGGP oraz Sweco nie zostały zachowane takie same standardy oceny wystąpienia przesłanek wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Termin na wniesienie odwołania został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 ust. 1 Pzp, bowiem jako Wykonawca, którego oferta pierwotnie została sklasyfikowana na pierwszej pozycji w rankingu ofert (przy jedynym kryterium oceny ofert: cena) i którego Zamawiający wezwał, jako najwyżej ocenionego wykonawcę, do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, liczy na uzyskanie zamówienia publicznego. Gdyby Zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i Sweco uzyskałoby zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, Odwołujący poniesie szkodę w postaci co najmniej kosztów przygotowania ważnej oferty i utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania

należnego wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że wyznaczony dla wykonawców termin złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału przypadał na dzień 16 lipca 2021 r., do godziny 10.00.

Bezspornym jest, że w tym postępowaniu Zamawiający stosuje m.in. fakultatywne przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) oraz pkt 10) Pzp.

Bezspornym jest, iż wraz wnioskiem o dopuszczenie wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia m.in. „pkt 6.2.1. OPIW (strona 5) - aktualnego na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 5.1.1 IDW, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (zwanego dalej „jednolitym dokumentem'' lub ,,JEDZ')(...)''.

Bezspornym jest również, że zapisami OPIW Zamawiający ukształtował w całym tym wieloetapowym postępowaniu następujący sposób badania podmiotowego najwyżej ocenionego wykonawcy, „pkt 6.17 OPIW (strona 9) - „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia (po etapie składania ofert, przez zaproszonych do składania ofert Wykonawców) wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (Zamawiający, w niniejszym postępowaniu, najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia; przepisy pkt. 6.3. - 6.4. oraz pkt. 6.8.- 6.16. IDW stosuje się odpowiednio) (...)", oraz że jednym w wymaganych podmiotowych środków dowodowych, które w przyszłości będzie przedkładać najwyżej oceniony wykonawca, będzie oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ (przedłożonych przez danego wykonawcę wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Odwołujący w dniu 15 lipca 2021 r. przekazał Zamawiającemu za pośrednictwem wyznaczonej Platformy Zakupowej swój wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawierający wszystkie wymagane zapisami OPIW oświadczenia i dokumenty podmiotowe, w tym w szczególności aktualny na dzień 15.07.2021 r. dokument JEDZ wraz z załącznikami. W dokumencie JEDZ podpisanym i przekazanym Zamawiającemu w dniu 15 lipca 2021 r. Sweco oświadczyło, że:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:

[] Tak [x] Nie

[.]

Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? [] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki: []".

W dniu 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował o dokonanej ocenie złożonych w postępowaniu wniosków potwierdzając, że wpłynęły ogółem 4 wnioski, a do dalszego

etapu zakwalifikowani zostali wszyscy wykonawcy, tj.:

1/ Haskoning DHV Polska sp. z o.o.

2/ MGGP SA

3/ Sweco Polska sp. z o.o.

4/ BBF sp. z o.o.

Decyzja Zamawiającego została zaakceptowana przez wszystkich startujących wykonawców; żaden z nich nie odwołał się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na tak dokonaną ocenę złożonych wniosków. Ostatecznie wszyscy 4-ej wykonawcy otrzymali zaproszenia do udziału w negocjacjach, które odbyły się w miesiącu sierpniu i wrześniu 2021 r.

W wyniku przeprowadzonych negocjacji Zamawiający, w dniu 10 listopada 2021 r.,

skierował do wszystkich wykonawców Zaproszenie do składania ofert ostatecznych wskazując w zaproszeniu miejsce (Platformę Zakupową), gdzie udostępnia zaproszonym przez siebie wykonawcom SWZ oraz inne dokumenty zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert o wadze 100%, jest cena brutto.

Ostatecznie termin składania ofert wyznaczony został na dzień 1 grudnia 2021 r. Swoje oferty złożyło ostatecznie 3-ch wykonawców (od ceny brutto najniższej, do ceny brutto najwyższej):

-/ Sweco Polska sp. z o.o.

-/ MGGP SA

-/ HaskoningDHV Polska sp. z o.o.

Wszystkie zaoferowane ceny mieszczą się w budżecie Zamawiającego. Wszystkie 3 złożone oferty są nieprzerwanie ważne i zabezpieczone prawidłowym wadium.

W dniu 13 stycznia 2022 r. Zamawiający działając na podstawie pkt 6.1. SWZ skierował do Sweco, jak do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin ich przedłożenia do dnia 24 stycznia 2022 r. W wezwaniu Zamawiający m.in. zażądał przedłożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ, z zaleceniem, aby to oświadczenie zostało sporządzone w formie zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przekazał Zamawiającemu w dniu 19 stycznia 2022 r. komplet podmiotowych środków dowodowych, w tym w szczególności:

1) Oświadczenie własne na załączniku nr 2 do SWZ, w którym potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ złożonym w dniu 15 lipca 2021 r. dotyczących podstaw wykluczenia, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,

c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenia konkurencji,

d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,

e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych;

f) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 8-10 ustawy Pzp; z jednoczesnym wskazaniem w treści złożonego oświadczenia, odnośnie przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp:

„(...) a w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Sweco Polska sp. z o.o. przedkłada aktualny Dokument JEDZ wraz z Załącznikiem do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp."

2) Aktualny dokument JEDZ, datowany na dzień 18 stycznia 2022 r. opisujący okoliczności zaistniałe po przekazaniu pierwszego dokumentu JEDZ, tj. po dniu 15 lipca 2021 r., wraz z załącznikami, w których to załącznikach opisano okoliczności rozwiązania umowy dla usługi realizowanej dla innego zamawiającego, a jako dowód dołączono m.in. ogłoszenie TED z dnia 9 sierpnia 2021 r., gdzie ówczesny zamawiający (Tramwaje Śląskie SA z siedzibą w Chorzowie) potwierdził, że rozwiązanie umowy nastąpiło w dniu 16 lipca 2021 r.

W aktualizowanym dokumencie JEDZ przedłożonym w dniu 19 stycznia 2022 r. Sweco na pytanie,:

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

Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat" odpowiedziało: „[X] Tak []

Nie”.

W zakresie dotyczącym okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp przedkładamy Załącznik do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.).

Wyżej wymieniony załącznik przedkładany był Zamawiającemu w innych postępowaniach przetargowych tj.:

- Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na wykonanie remontu instalacji wody do płukania filtrów pospiesznych w Budynku Wieżowym w Warszawie przy ul. Brukselskiej 21, Praga Południe;

- Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla modernizacji Hydroforni „Warszawska” zlokalizowanej przy ul. Warszawskiej w Warszawie w Dzielnicy Wesoła.”

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że w związku z okolicznościami rozwiązania umowy nie przedsięwziął środków w celu samooczyszczenia.

Po przedłożeniu przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2022 r., działając w trybie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4

Pzp wezwał Odwołującego: „(...) złożenia odpowiednio uzupełnień i wyjaśnień (...)”, zadając

m.in. 3 pytania:

1) „(...) dlaczego Wykonawca nie zaznaczył w oświadczeniu JEDZ składanym 15.07.2021 r., że znajdował się w sytuacji, że wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem, skoro rozwiązanie umowy było w maju 2021 r., a JEDZ był składany w lipcu 2021 r."

2) „(...) Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień obejmujących wszystkie okoliczności faktyczne niezbędne dla dokonania oceny, czy w stosunku do Wykonawcy nie zaistniała podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz do złożenia dowodów na potwierdzenie, że wobec Wykonawcy nie zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa powyżej."

3) „W związku z zaistniałą sytuacją (rozwiązanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego przed czasem) Zamawiający prosi o informację, jakie środki Wykonawca podjął, aby podobna sytuacja nie wydarzyła się w przyszłości."

Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na udzielenie odpowiedzi: 27 stycznia 2022 r.

Odwołujący w dniu 27 stycznia 2022 r. przedłożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami/załącznikami, w którym m.in. odpowiedział na wszystkie pytania zadane przez Zamawiającego.

W szczególności w swojej odpowiedzi Odwołujący podkreślił i udokumentował, iż w dacie podpisywania i przekazywania Zamawiającemu pierwszego dokumentu JEDZ, tj. w dniu 15 lipca 2021 r., nie znajdował się jeszcze w sytuacji, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana, tym bardziej więc nie była rozwiązana w dacie 6 maja 2021 r., jak mylnie wskazywał Zamawiający w treści skierowanego wezwania. Dowodem na powyższe miała być złożona Zamawiającemu korespondencja e-mailowa z miesiąca lipca 2021 r. pomiędzy pełnomocnikami Sweco oraz Tramwajów Śląskich SA potwierdzającej to, że trwały w tym czasie negocjacje pomiędzy Stronami w kierunku polubownego załatwienia sprawy.

W dniu 4 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o odrzuceniu oferty Sweco wskazując, że Odwołujący zostaje wykluczony z przyczyn

opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp oraz z przyczyn opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W drugim piśmie Zamawiający poinformował o wyborze oferty MGGP jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

[zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp - brak wymaganego prawem uzasadnienia

faktycznego czynności Zamawiającego]

Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty, zawarte są 3 istotnie odmienne przesłanki wykluczenia Sweco z postępowania:

a/ w tzw. „uzasadnieniu prawnym”, w akapicie trzecim na stronie 3-ciej pisma, Zamawiający jednym zdaniem stwierdza, że te same „de facto” okoliczności opisane przez niego na tej

samej stronie (w akapitach pierwszym i drugim), a wcześniej na stronach 1-szej i 2-giej pisma stanowią przesłankę wykluczenia zarówno z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, jak i z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp,

b/ w dalszej zaś części tzw. „uzasadnienia prawnego", na stronie 4-tej pisma, akapit ostatni stwierdza się, że „(..) względem Wykonawcy zaistniała także podstawa do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (.)".

Już tylko to stwierdzenie Zamawiającego w ocenie Odwołującego zawiera w sobie wzajemną sprzeczność. Z jednej strony Zamawiający wskazuje na okoliczności wprowadzenia go w błąd oraz na to, że to wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje wynik podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, z podkreśleniem jednak, że w toku postępowania, tj. w dniu 19 stycznia 2021 r., (a zatem jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej), Sweco złożyło tzw. „kolejny dokument JEDZ" informujący o zaistnieniu okoliczności odstąpienia od umowy z własnej inicjatywy. Z drugiej strony tego samego dnia Zamawiający potwierdza, że zapoznał się z informacjami i okolicznościami opisywanymi w dokumencie JEDZ przedłożonym w dniu 19 stycznia 2022 r. i jego załącznikach, a następnie z okolicznościami przywoływanymi przez Sweco już po złożeniu przez niego dokumentu JEDZ, uznając, że „(.) okoliczności opisywane przez Sweco nie mogą świadczyć o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania względem Wykonawcy."

Dla wskazanych przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia z postępowania zachodzą osobne przesłanki konieczne określone w przepisach i obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie jakie okoliczności stanowią spełnienie przesłanek. Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty (z powołaniem się na zaistnienie 3-ch różnych przesłanek wykluczenia) nie wyjaśnił w szczególności:

-/ którym konkretnie czynnościom Odwołującego i dlaczego, Zamawiający nadaje przymioty zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa rażącego nakierowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

-/ którym natomiast czynnościom Odwołującego i dlaczego, Zamawiający nadaje przymioty lekkomyślności lub niedbalstwa przy przestawianiu informacji wprowadzających w błąd mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

-/ dlaczego, skoro dowody przedłożone przez Sweco w toku postępowania świadczą o tym, że rozwiązanie umowy nastąpiło w dniu 16 lipca 2021 r. uważa on, że Sweco powinno było w dniu 15 lipca 2021 r. złożyć oświadczenie o tym w pierwszym dokumencie JEDZ,

-/ dlaczego, jego zdaniem, okoliczności przywołane przez Wykonawcę po złożeniu dokumentu aktualizacyjnego JEDZ w dniu 19 stycznia 2022 r., w którym to dokumencie Sweco poinformowało Zamawiającego o okolicznościach odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, które realnie nastąpiło już po złożeniu pierwotnego dokumentu JEDZ, nie mają związku z istotą oceny wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i jako takie nie mogą świadczyć o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania (ostatnie zdanie w akapicie przedostatnim na stronie 4-tej pisma Zamawiającego).

W ocenie Odwołującego Zamawiający, pomimo przedstawionych przez Sweco dowodów (dokumentów) błędnie ustalił fakty w sprawie, co skutkowało błędnym przyporządkowaniem ich do regulacji norm fakultatywnego wykluczenia.

Błędne dane ustalone przez Zamawiającego to:

1. Ustalenie, że umowa z Tramwajami Śląskimi SA została rozwiązana w maju 2021 r., podczas gdy umowa ta została rozwiązana 16 lipca 2021 r. (dowód: oświadczenie Sweco z dnia 15 lipca 2021 r. doręczone w dniu 16 lipca 2021 r.) W maju 2021 r. oświadczeniem zamawiającego nie doszło do rozwiązania umowy o zamówienie publiczne, ale do ograniczenia zakresu usług objętego umowami z zakresu umów publicznych;

2. Ustalenie, że możliwe było wskazanie w JEDZ składanym dnia 15 lipca 2021 r. okoliczności rozwiązania umowy z Tramwajami Śląskimi, podczas gdy 15 lipca 2021 r. nie doszło jeszcze do złożenia oświadczenia woli Sweco o rozwiązaniu umów z Tramwajami Śląskimi - zatem nie było możliwe i zgodne z regulacjami prawa informowanie o zdarzeniu,

które nastąpiło dzień później (dowód: oświadczenie Sweco z dnia 15 lipca 2021 r. doręczone

w dniu 16 lipca 2021 r.);

3. Ustalenie, że JEDZ z dnia 15 lipca 2021 r. i JEDZ z dnia 18 stycznia 2022 r. zawierają informacje sprzeczne wprowadzające w błąd, podczas gdy JEDZ-e zawierają treści i oświadczenia zgodne z rzeczywistością na dzień ich sporządzenia, są odmienne, ale nie są

wzajemnie sprzeczne; a nadto przeciwnie do twierdzenia Zamawiającego, nie zawierają informacji wprowadzających w błąd - ale aktualizacje informacji zgodne z prawdą i rzeczywistością występujące w Sweco;

4. Ustalenie, że treść JEDZ oznacza, że Sweco znajduje się sytuacji przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, podczas gdy wyraźnie wyjaśniono, że wskazanie okoliczności rozwiązania umowy z Tramwajami Śląskimi nie wypełnia przesłanki wykluczenia - a jedynie konstrukcja formularza JEDZ (która ma tylko oznaczenia TAK lub NIE) nie pozwala na prawidłowe wypełnienie - zgodnie z intencją wykonawcy, który chce transparentnie wykazać Zamawiającemu pewne okoliczności dot. rozwiązania umowy, mimo iż one nie spełniają przesłanki wykluczenia - by właśnie nie narazić się na zatajanie faktów i poddać się ocenie Zamawiającego w tym zakresie prezentując drobiazgowo okoliczności zdarzenia;

5. Ustalenie, że: „Z przedłożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo zaistnienia przedmiotowych okoliczności Wykonawca zaniechał jakiejkolwiek próby wykazania, że podjął działania, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, zmierzające do wykazania rzetelności Wykonawcy.” - mimo braku nawet jednozdaniowego uzasadnienia na podstawie jakich okoliczności i dowodów Zamawiający ustalił, że rozwiązanie umowy z Tramwajami Śląskimi SA wynika z niewykonania zobowiązania lub znacznego niewykonania, lub długotrwałego nienależytego wykonania. Zamawiający w tym zakresie zacytował treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp bez odniesienia się do okoliczności, faktów, dokumentów, itp. Takie działanie Zamawiającego nie daje szans Odwołującemu na zrozumienie decyzji o zastosowaniu wobec niego najdalej idącej sankcji wykluczenia i odrzucenia jego oferty. To zaś winno być celem informacji płynącej z uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego.

Pomimo tych nieprawidłowości Odwołujący z ostrożności procesowej przedstawił argumentację faktyczną i prawną wykazującą nieprawidłowości w ustaleniach i działaniach Zamawiającego.

[zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp, w zw. z art. 128 ust. 1, ust. 2 oraz

ust. 4 Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp - niezasadne

zastosowanie przesłanek wykluczenia, a w konsekwencji niezgodne z prawem odrzucenie

oferty Odwołującego]

Niepełna treść uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Sweco, utrudnia Odwołującemu zrozumienie motywów, dla których Zamawiający uznał, że takie 2 różne przesłanki wykluczenia ziściły się jednocześnie względem Sweco.

Nie jest prawdą, że Sweco złożyło w postępowaniu 2 sprzeczne ze sobą oświadczenia JEDZ:

a/ Oświadczenie JEDZ złożone w dniu 15 lipca 2021 r. oddawało stan faktyczny/aktualny na dzień jego podpisania i przekazania Zamawiającemu wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - tego dnia umowa z Tramwajami Śląskimi SA nie była jeszcze rozwiązana;

b/ Oświadczenie aktualizacyjne JEDZ złożone w dniu 19 stycznia 2022 r. oddawało stan faktyczny/aktualny na dzień jego podpisania (18 stycznia 2022 r.) i przekazania Zamawiającemu wraz z dokumentami podmiotowymi;

c/ Oświadczenie JEDZ, o którym mowa w art. 125 Pzp pełni rolę wstępnego oświadczenia wykonawcy potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podleganie wykluczeniu z postępowania, przedkładane jest zazwyczaj wraz z ofertą lub odpowiednio wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Musi ono oddawać stan faktyczny, w jakim znajduje się wykonawca na dzień jego złożenia. Na ten dzień Sweco zgodnie z prawdą oświadczyło, że nie pozostawało w sytuacji podlegającej wykluczeniu z przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp;

d/ Co do zasady: obowiązek przedłożenia oświadczenie aktualizacyjnego JEDZ przez najwyżej ocenionego wykonawcę wynika z regulacji Pzp określającej, że wykonawca musi

spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania przez cały okres tegoż postępowania, ponadto wykonawca aż do zawarcia z nim umowy nie może ani przez chwilę podlegać wykluczeniu z postępowania. Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie potwierdzające aktualność informacji zawartych w JEDZ złożonym wraz wnioskiem muszą być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień;

e/ Ustawodawca wziął pod uwagę, że na przestrzeni czasu pomiędzy złożeniem pierwotnego dokumentu JEDZ, a złożeniem oświadczenia aktualizacyjnego, sytuacja podmiotowa jakiegoś wykonawcy może ulec zmianie. Stąd ustawowy obowiązek dla wykonawcy najwyżej ocenionego, ale jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, przedłożenia dokumentu aktualizacyjnego JEDZ, w którym wykonawca najwyżej oceniony odpowiednio potwierdza:

-/ albo, że jego sytuacja w zakresie przesłanek wykluczenia nie uległa zmianie,

-/ albo, że uległa zmianie z jednoczesnym poinformowaniem od kiedy i w jakim zakresie taka zmiana jego sytuacji podmiotowej wystąpiła;

f/ Dokument aktualizacyjny podlegać musi badaniu i ostatecznej ocenie przez Zamawiającego, czy dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też nie;
g/ W sytuacji zmieniającej się na przestrzeni czasu po dniu 15 lipca 2021 r. znalazł się Odwołujący, następnego dnia po złożeniu pierwotnego dokumentu JEDZ, tj. w dniu 16 lipca 2021 r. nastąpiło rozwiązanie umowy z Tramwajami Śląskimi SA i to na skutek oświadczenia Sweco sporządzonego dnia 15 lipca 2021 r. i dostarczonego (złożone oświadczenie woli) dnia 16 lipca 2021 r.;

h/ Dlatego Odwołujący, kierując się zasadą dochowania należytej staranności, przedłożył w dniu 19 stycznia 2022 r. oświadczenie aktualizacyjne do dokumentu JEDZ, oddające stan podmiotowy, w którym obecnie się znajduje;

i/ nie można jednak twierdzić, jak czyni to Zamawiający, że w okresie pomiędzy złożeniem pierwszego i drugiego dokumentu JEDZ, tj. pomiędzy 15 lipca 2021 r. a 19 stycznia 2022 r. okoliczności faktyczne, nie uległy zmianie. Wynika to z błędnej oceny faktów przez Zamawiającego, który nieprawidłowo uznał, że oświadczenie Tramwajów Śląskich SA z maja 2021 r. stanowi rozwiązanie umowy, podczas kiedy oświadczenie to zmierzało do ograniczenia zakresu zamówienia publicznego powierzonego Sweco.

Powyższe argumenty, fakty i dowody potwierdzają zdaniem Odwołującego zasadność zarzutów odwołania w zakresie nieprawidłowego odrzucenia oferty Sweco z powołaniem się na zaistnienie przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) Pzp. Sweco podało informacje prawdziwe. Zaktualizowało je następnie zgodnie z prawdą przed wyborem oferty.

[zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz art. 109 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp - niezasadne zastosowanie przesłanki wykluczenia,

a w konsekwencji niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego]

Brak treści uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Sweco, z powołaniem się na zaistnienie 3-ciej przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp utrudnia Odwołującemu zrozumienie motywów którymi kierował się Zamawiający uznając, że taka przesłanka występuje oraz, że zasada proporcjonalności opisana w przepisie art. 109 ust. 2 Pzp nie może być w odniesieniu do Sweco zastosowana.

Odwołujący zdementował twierdzenie Zamawiającego, jakoby Sweco złożyło w dniu 19 stycznia 2022 r. oświadczenie o tym, iż znajdował się w dniu 15 lipca 2021 r. w sytuacji, w którym wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. W konsekwencji zdaniem Zamawiającego:

„(.) Przy uwzględnieniu roli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów, takich jak JEDZ oraz oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ należy stwierdzić, że Wykonawca przyznał, że względem niego zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy jednoczesnym zaniechaniu podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wykazania, że pomimo wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest wykonawcą rzetelnym i daje należytą rękojmie realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem. W ocenie Zamawiającego przyznania przez Wykonawcę faktu podlegania wykluczeniu z Postępowania nie zmienia fakt kwestionowania tej okoliczności w kolejnych pismach złożonych przez Wykonawcę. W przeciwnym razie nie zaistniałaby bowiem

podstawa do aktualizacji informacji zawartych w JEDZ (...)".

Odwołujący złożył w dniu 19 stycznia 2022 r. oświadczenie aktualizacyjne JEDZ, oddające stan podmiotowy, w jakim znajdowało i znajduje się Sweco w tymże dniu, ponieważ stan ten jest inny niż stan niż był w dniu 15 lipca 2021 r.

W dniu 15 lipca 2021 r. Sweco nie znajdowało się w sytuacji, w której jakaś wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana / odstąpiono od umowy, natomiast w dniu 19 stycznia 2022 r. Sweco jest już w sytuacji podmiotowej rozwiązania wcześniejszej umowy na wykonanie zamówienia publicznego. I stąd wyniknęła inicjatywa własna Sweco przedłożenia dokumentu aktualizacyjnego JEDZ. W żadnym jednak wypadku Sweco nie potwierdza jakoby opisane przez niego zdarzenia potwierdzały wystąpienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Zamawiający z sobie tylko znanych powodów uznaje, że sam fakt przedłożenia dokumentu aktualizacyjnego JEDZ oznacza „przyznanie się" i tym samym zaistnienie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, ponieważ:

1/ Co do zasady: w dokumencie JEDZ pytanie skierowane do Wykonawcy brzmi następująco: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat"

Bezspornym jest zatem to, że pytanie odnosi się tylko do potwierdzenia przez Wykonawcę czy jakaś wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, czy też nie, a jeżeli tak, to Wykonawca ma przedstawić informacje na ten temat, które to informacje podlegają następnie badaniu i ocenie przez zamawiającego pod kątem tego czy istnieje / czy też nie istnieje przesłanka wykluczenia wykonawcy z danego postępowania;

2/ To nie wykonawca składający dokument JEDZ „przyznaje się" do tego, że podlega / nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, ale to Zamawiający oceniając informacje przedłożone przez wykonawcę podejmuje taką decyzję, uwzględniając przy tym

odpowiednio uregulowania zawarte w art. 109 ust. 3 oraz/lub w art. 110 ust. 2 Pzp

i stosowne wyjaśnienia / informacje zawarte w dokumentach złożonych przez Wykonawcę;

3/ Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp nie mówi o tym, że przesłanka wykluczenia „materializuje się" w każdym przypadku rozwiązania umowy / odstąpienia od umowy, ale że muszą być spełnione wszystkie elementy konieczne, tj.:
-/ przyczyna rozwiązania /odstąpienia musi leżeć po stronie wykonawcy (tylko po stronie wykonawcy),

-/ umowa nie została wykonana (lub była nienależycie wykonywana) w znacznym stopniu lub zakresie, albo że była długotrwale nienależycie wykonywana przez wykonawcę,

-/ niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy odnosiło się do istotnego zobowiązania umownego.

Zamawiający nie odniósł się do żadnej z okoliczności przyporządkowując ją do przesłanki - bowiem wyłącznie zacytował przepis. W świetle rozkładu dowodów w postępowaniu przed Izbą to znacznie niewystarczająco;

4/ Nie w każdym przypadku zaistnienia okoliczności rozwiązania / odstąpienia od umowy, wykonawca, który znalazł się w takiej sytuacji będzie musiał, aby nie być wykluczonym z postępowania, przedkładać tzw. dokumenty samooczyszczenia (o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp);

5/ Z przyczyn tzw. „ostrożności procesowej" Odwołujący dodatkowo wskazał, iż w jego ocenie fakt złożenia oświadczenia, w dniu 19 stycznia 2022 r. w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie może być odczytywany jako przyznanie się do tego, że materializuje się względem Odwołującego przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;

6/ Dodatkowo brak działań Sweco tzw. „samooczyszczających" nie może być dla Zamawiającego, bez wcześniejszego zbadania przez niego stanu faktycznego (na podstawie informacji przedłożonych przez Odwołującego) zaistniałego przy realizacji umowy podlegającej rozwiązaniu / odstąpieniu, furtką dla automatycznego uznania, że Sweco

podlega wykluczeniu;

7/ Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty Sweco nie odniósł się do żadnej z informacji oraz do żadnego z dowodów przedłożonych przez Sweco w dniach 19 i 27 stycznia 2022 r. Wręcz przeciwnie, autorytatywnie i nie przedstawiając żadnego uzasadnienia Zamawiający stwierdził krótko, że: „(...) Z przedłożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego". W szczególności nie wskazał Zamawiający Odwołującemu, z którego to konkretnie dokumentu/dokumentów przedłożonych przez Sweco wynika niewykonanie, nienależyte wykonanie lub odpowiednio trwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie informacje przedłożone w tym postępowaniu dotyczące okoliczności rozwiązania umowy z Tramwajami Śląskimi SA są skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego w odwołaniu Odwołujący może przywołać jako dowody swoje pisma datowane odpowiednio na dzień 19 stycznia 2022 r. oraz 27 stycznia 2022 r. wraz ze wszystkimi załącznikami.

Jednakże argumenty, fakty i dowody, które przedstawił Odwołujący potwierdzają jego stanowisko i zasadność zarzutów odwołania w zakresie nieprawidłowego odrzucenia oferty z powołaniem się na zaistnienie przesłanki wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp jako przesłanki „nadmiarowej".

[zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) Pzp, art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 128 ust. 4 Pzp, w związku z art. 128 ust. 6 i art. 126 ust. 3 Pzp oraz w związku z § 2 ust. 1 pkt 7) lit. i) Rozporządzenia - poprzez powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności poprzez zastosowanie względem tego wykonawcy odmiennych standardów badania przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp niż zastosowana dla Sweco]

Zdaniem Odwołującego przywołane wszystkie fakty i okoliczności wskazują na to, że Zamawiający w odniesieniu do Sweco zastosował tzw. „automatyzm" w ocenie zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) oraz pkt 10) Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdej sytuacji uzasadnić każdą swoją decyzję, a nie poprzestawać na ogólnikach, albo wypaczać treści oświadczeń złożonych przez wykonawcę, albo pomijać, w całości lub wybiórczo dowody, które przeczyły wprost z góry założonym twierdzeniom Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie zastosował się do nadrzędnych i fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: przejrzystości i proporcjonalności. Uzasadnione jest również twierdzenie o pogwałceniu przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, że wybór oferty najkorzystniejszej i przyszłe udzielenie zamówienia publicznego na rzecz wykonawcy MGGP nastąpił niezgodnie z przepisami Pzp.

Bezspornym jest iż na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 15 lipca 2021 r. MGGP przedłożyło dokument JEDZ, w którym oświadczyło, że nie znajduje się z sytuacji, w której wcześniejsza umowa będąca zamówieniem publicznym została rozwiązana / nastąpiło odstąpienie od umowy. Jednocześnie jednak MGGP złożyło w formularzu wniosku oświadczenie o tym, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik - Wyjaśnienia Wykonawcy - odstąpienie. Prawa wykonawcy MGGP do dokonanego zastrzeżenia Odwołujący nie neguje - sam korzysta z prawa do zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o okolicznościach odstąpienia od umowy. Odwołujący takim uzasadnieniem zastrzeżenia (oraz podobnym) dysponuje, tak samo jak informacją, którą zazwyczaj przedkłada MGGP wraz z dokumentem JEDZ w innych postępowaniach przetargowych.

Odwołujący wyjaśnił, że w równolegle prowadzonym innym postępowaniu(w listopadzie 2020 r. oraz w grudniu 2021 r.), inny zamawiający odtajnił informacje zastrzeżone przez MGGP uznając, że nie stanowią one, na zasadach Pzp tajemnicy przedsiębiorstwa, a MGGP nie skorzystało z prawa do wniesienia odwołania do KIO na takie odtajnienie. Stąd Odwołujący pozyskał od innego zamawiającego całość dokumentów przedłożonych przez MGGP w tamtym postępowaniu. Dlatego Odwołujący jest w posiadaniu wiedzy o tym, jak MGGP tłumaczy fakt złożenia w dokumencie JEDZ oświadczenia o tym, że nie jest w sytuacji, gdy wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana, pomimo tego, że rozwiązanie / odstąpienie od umowy nastąpiło w drugiej połowie 2020 r.

Na skutek najprawdopodobniej ogólnikowego wyjaśnienia MGGP dołączonego do dokumentu JEDZ, Zamawiający w dniu 26 lipca 2021 r. wystosował wezwania do tego wykonawcy: „Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wzywa do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

Oświadczenie złożone przez Wykonawcę w wyjaśnieniach do treści JEDZ jest bardzo ogólne. Wynika z niego nie tylko to, że Wykonawca odstąpił od umowy, ale także, iż Zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą. Wykonawca twierdzi, że odstąpienie było bezskuteczne, lecz takie twierdzenie nie przesądza jeszcze o braku wystąpienia w stosunku do Wykonawcy przesłanki do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak wynika przykładowo z wyroku z dnia 18 czerwca 2020 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 706/20: „Zamawiający powinien zostać poinformowany przez wykonawcę o faktach mających znaczenie dla oceny w zakresie wypełnienia się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., oraz o wszystkich okolicznościach im towarzyszących, aby móc dokonać oceny pod kątem wypełnienia się przesłanek zastosowania tego przepisu. Temu służy wstępne oświadczenie składane w JEDZ. Powyższe oznacza, że w sytuacji gdy wystąpiły nieprawidłowości przy realizacji wcześniejszej umowy, w wyniku których doszło do rozwiązania umowy lub zapłaty określonej kwoty odszkodowania lub innej podobnej sankcji wykonawca, mając na uwadze podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., w tym zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji, Przystępujący powinien notyfikować takie fakty Zamawiającemu oraz w dobrze pojętym własnym interesie podać wszystkie okoliczności pozwalające Zamawiającemu na ocenę rzetelności wykonawcy." W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień obejmujących wszystkie okoliczności faktyczne niezbędne dla dokonania oceny, czy w stosunku do wykonawcy nie zaistniała podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca MGGP udzielił Zamawiającemu w dniu 05.08.2021 r. odpowiedzi: „Wykonawca składa szczegółowe wyjaśnienia, przedstawiające wszystkie okoliczności faktyczne, niezbędne do wykonania oceny czy w stosunku do Wykonawcy nie zaistniała podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, zostały dołączone do pisma jako osobny załącznik.” Dodatkowo, w uzasadnieniu zastrzeżenia przedkładanych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa MGGP powołało się m.in. na: „W sytuacji gdy Wykonawca przyjmuje konieczność poddania sprawy pod rozstrzygnięcie sądu przedstawienie i ujawnienie powyższych informacji może osłabić jego pozycję procesową i mieć negatywny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, niekorzystne lub mniej korzystne gdyby informacje te nie zostały ujawnione. Ze względu na specyfikę dziedziny, w której działa spółka podejmuje (nadzór nad inwestycjami) tj. wymiernie ograniczony krąg podmiotów realizujących tego rodzaju usługi, ujawnienie informacji w ramach przedmiotowego postępowania doprowadzi do powzięcia tych danych także przez wcześniejszego zamawiającego. W obecnej sytuacji Wykonawcy ujawnienie informacji, w tym przedstawionego stanowiska MGGP S.A. może narazić ją na wymierne straty finansowe a także utrudnić lub uniemożliwić podejmowanie niezbędnych kroków prawnych (.)”.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia MGGP i uznał w sierpniu 2021 r., że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Odwołującego z dokumentów złożonych przez MGGP (w lipcu i sierpniu 2021 r.) słusznym wydaje się wywód, iż sytuacja związana z odstąpieniem / rozwiązaniem umowy realizowanej przez wykonawcę MGGP jest podobna do sytuacji w jakiej począwszy od dnia 16 lipca 2021 r. znalazło się Sweco, a okoliczności związane z ustaleniem okoliczności faktycznych zaistniałych w obydwu sprawach wykonawcy zamierzają poddać rozpatrzeniu przez właściwy sąd powszechny. Powyższe uzasadnia zatem przypuszczenie, że wykonawca MGGP nie mógł przedłożyć dowodów na to, że na pewno odpowiedzialność za rozwiązanie / odstąpienie od umowy nie leży po jego stronie. W szczególności zaś na pewno wykonawca MGGP nie wdrożył z tego tytułu, w sierpniu 2021 r. żadnych działań samooczyszczających. Gdyby bowiem tak było, to najprawdopodobniej w innych postępowaniach przetargowych przedkładałby od razu, wraz z dokumentem JEDZ składanym razem z ofertami przetargowymi, taką dokumentację samooczyszczenia. A takiej dokumentacji według najlepszej wiedzy Odwołującego wykonawca ten nie składa.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 r. skierował do wykonawcy MGGP wezwanie jako do najwyżej ocenionego wykonawcy o przedłożenie kompletu dokumentów podmiotowych, w tym do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ złożonym w dniu 15 lipca 2021 r.

W odpowiedzi MGGP przedłożyło w dniu 2 lutego 2022 r. stosowne dokumenty,

w tym m.in. przedmiotowe oświadczenie, w którym Wykonawca potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ dotyczących podstaw wykluczenia. W konsekwencji przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający w dniu 4 lutego zdecydował o wyborze oferty MGGP jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W ocenie Sweco przedstawione fakty mogą świadczyć o odmiennych standardach oceny, jakie zastosował Zamawiający w odniesieniu do informacji przedłożonych przez MGGP dotyczących okoliczności odstąpienia od umowy oraz informacji przedłożonych przez Odwołującego dla analogicznej sytuacji. Odwołujący podkreślił, że obydwie dokonywane oceny nastąpiły w różnych okresach czasu:

-/ badanie wykonawcy MGGP nastąpiło w pierwszej połowie sierpnia 2021 r.

-/ badanie wykonawcy Sweco nastąpiło na koniec miesiąca stycznia 2022 r.

Rożni zatem te 2 oceny czasokres ponad 5,5 miesiąca.

Wydaje się być bezspornym, że ocena, czy istnieje czy nie istnieje przesłanka wykluczenia z postępowania jakiegoś wykonawcy, z powodu tego że pewna wcześniejsza umowa realizowana przez tegoż wykonawcę została rozwiązana / nastąpiło odstąpienie od umowy jest zawsze dla Zamawiającego, który nie był Stroną tej umowy bardzo trudna. Zamawiający wszak nie dysponuje, bo nie jest to realnie możliwe aby dysponował, pełną dokumentacją kontraktową w sprawie, nie zna też, bo nie może znać, wszystkich realiów wykonywania tejże umowy, które nie zostały zapisane w dokumentach pisemnych. Wydaje się również bezspornym to, że taka ocena dokonywana przez każdego Zamawiającego jest co do zasady oceną subiektywną, w oparciu o posiadaną wiedzę i własne doświadczenia z członków Komisji przetargowej danego zamawiającego, a w szczególności poprzez własne, zdobyte empirycznie przekonanie o tym, w jaki sposób powinien wykonawca przekonać Zamawiającego o tym, że przerwanie wykonywania jakiegoś kontraktu nastąpiło z przyczyn, które nie leżały po stronie Wykonawcy. Oznacza, że albo taka ocena powinna być dokonywana w jednym czasie, albo powinny były być zapisane szczegółowe wytyczne pracy Komisji Przetargowej - rodzaj szczegółowych pytań sprawdzających, jednakowych dla każdego wykonawcy, którymi kierowano się przy analizie informacji przedłożonych najpierw przez MGGP, a potem przez Sweco dla możliwości stwierdzenia czy każdy z tych wykonawców podlega / czy nie podlega wykluczeniu z przyczyn opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W ocenie Odwołującego brak w uzasadnieniu odrzucenia oferty Sweco szczegółowych informacji dotyczących tego, dlaczego Zamawiający nie uznaje dowodów przedłożonych przez Sweco, w sytuacji, gdy najprawdopodobniej prawie 6 miesięcy wcześniej dał wiarę i przekonały go dowody przedłożone przez MGGP, świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców i o tym, że standardy oceny wykonawców MGGP i Sweco zastosowane przez Zamawiającego różniły się, na niekorzyść Odwołującego.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności i fakty potwierdzające w ocenie Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wniesienie odwołania było uzasadnione. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o jego uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania

odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, a także wykluczenie samego Odwołującego i odrzucenie jego oferty, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie. Izba potwierdziła skuteczność i prawidłowość zgłoszenia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe w dwóch pismach procesowych wraz z dodatkowymi dokumentami, włączonymi w poczet materiału dowodowego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie oraz dodatkowe pismo procesowe, w których wnosił o oddalenie odwołania w całości, rozbudowując argumentację przemawiającą za słusznym w jego ocenie wykluczeniem Odwołującego i odrzuceniem jego oferty. Zamawiający wywodził, że przedstawione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnienie podjętych decyzji było wystarczające, zarówno w warstwie uzasadnienia faktycznego, jak również uzasadnienia prawnego, o czym świadczy rozbudowana treść i argumentacja złożonego środka ochrony prawnej.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zachodziła więc konieczność powtarzania tej części stanu faktycznego.

Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że zgodnie z treścią art. 362 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp oraz postanowieniami 5.1.2.2. i 6.1.4.6 SWZ informuje, iż odrzucił ofertę złożoną przez Wykonawcę: Sweco Polska sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zaznaczył, że „Wykonawca w dniu 15.07.2021 r. zamieścił na Platformie zakupowej Zamawiającego wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Wraz z wnioskiem Wykonawca złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, dalej jako: „JEDZ". W treści JEDZ Wykonawca złożył oświadczenie o poniższym brzmieniu:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:	[] Tak [x] Nie [■■■]
	Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? [] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki: [..]

Ze złożonego dokumentu wynikało zatem oświadczenie, że Wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

W związku z pozytywną oceną wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Zamawiający zaprosił Wykonawcę do udziału w Postępowaniu, a następnie do złożenia

oferty.

W wyniku stwierdzenia, że oferta Wykonawcy zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, Zamawiający dnia 13.01.2022 r. wezwał Wykonawcę w terminie do dnia 24.01.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Wykonawca dnia 19.01.2022 r. złożył wymagane dokumenty, wśród których znajdowało się oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w którym Wykonawca oświadczył o aktualności informacji zawartych w JEDZ dotyczących podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 - 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 5 i 8 - 10 ustawy Pzp. Jednocześnie Wykonawca w treści oświadczenia wskazał, że: „a w zakresie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Sweco Polska sp. z o.o. przedkłada aktualny Dokument JEDZ wraz z Załącznikiem do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) - w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp".

W treści JEDZ załączonego do pisma Wykonawcy z dnia 19.01.2022 r. zawarte zostało oświadczenie, z którego wynika, że Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową (jest to zatem oświadczenie odmienne w stosunku do oświadczenia złożonego w JEDZ z dnia 15.07.2021 r.). Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że w zakresie dotyczącym okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp przedkłada Załącznik do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) z zaznaczeniem, że dokument ten był przedkładany Zamawiającemu w innych postępowaniach przetargowych. Wykonawca zaznaczył także, że nie przedsięwziął środków w celu samooczyszczenia.

W Załączniku do JEDZ (do Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C.) Wykonawca wskazał na przyczyny złożenia oświadczenia, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były niewystarczające dla dokonania oceny, czy względem Wykonawcy zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający dnia 21.01.2022 r., działając w oparciu o art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy złożonymi dokumentami JEDZ w zakresie oświadczenia o zaistnieniu podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu faktu, że pierwotny JEDZ został złożony dnia 15.07.2021 r., natomiast okoliczności wskazywane przez Wykonawcę jako stanowiące podstawę do modyfikacji oświadczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 podstawa do wykluczenia, wystąpiły przed złożeniem pierwotnego JEDZ. Dodatkowo Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień obejmujących wszystkie okoliczności faktyczne niezbędne dla dokonania oceny, czy w stosunku do Wykonawcy nie zaistniała podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz do złożenia dowodów na potwierdzenie, że wobec Wykonawcy nie zaistniała ww. podstawa do wykluczenia. Zamawiający wezwał także Wykonawcę do udzielenia informacji, jakie środki Wykonawca podjął, aby podobna sytuacja nie wydarzyła się w przyszłości. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy termin na złożenie odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.01.2022 r., na dzień 27.01.2022 r.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21.01.2022 r., Wykonawca dnia 27.01.2022 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia wraz z załącznikami".

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający podkreślił, że „w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca złożył w toku Postępowania sprzeczne ze sobą oświadczenia co do zaistnienia podstaw do wykluczenia go z Postępowania. Z pierwotnego JEDZ, złożonego przez Wykonawcę dnia 15.07.2021 r. wynikało, że Wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Natomiast w kolejnym JEDZ, złożonym przez Wykonawcę z własnej inicjatywy dnia 19.01.2022 r., zawarte zostało oświadczenie, z którego wynika, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Przedmiotowe oświadczenia są zatem ze sobą sprzeczne,

pomimo że Zamawiający ustalił, iż w okresie pomiędzy ich złożeniem nie zmieniły się okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę do zmiany treści oświadczenia. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika bowiem, że zdarzenia, które miałyby stanowić podstawę do aktualizacji JEDZ, miały miejsce w maju 2021 r., podczas gdy pierwotna treść JEDZ została złożona przez Wykonawcę dnia 15.07.2021 r. Zatem już podczas składania pierwotnego dokumentu JEDZ istniały podstawy do poinformowania Zamawiającego o zaistnieniu okoliczności faktycznych, które zostały wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu JEDZ złożonym dnia 19.01.2022 r. Wykonawca natomiast dnia 15.07.2021 r. złożył oświadczenie, że wobec niego nie wystąpiły okoliczności, które w istocie zaistniały na moment składania tego oświadczenia. Powyższa sprzeczność świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo wskazać należy, że oświadczenie, o którym mowa powyżej, zostało złożone przez Wykonawcę w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania. Celem składanych informacji było zatem stwierdzenie czy Wykonawca powinien zostać zaproszony do udziału w Postępowaniu. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania, Wykonawca nie mógłby uczestniczyć w dalszych etapach prowadzonego Postępowania. Z tej perspektywy należy stwierdzić, że wprowadzenie w błąd, o którym mowa powyżej, po pierwsze - dotyczyło przedstawienia informacji, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania, po drugie - mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania. Jak wynika bowiem z dalszego przebiegu Postępowania, Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert, co stanowiło podstawę do wezwania tego Wykonawcy dnia 13.01.2022 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Gdyby Wykonawca zawarł oświadczenie, które zostało przez niego złożone w JEDZ dnia 19.01.2022 r., już w pierwotnym dokumencie JEDZ złożonym przez tego Wykonawcę dnia 15.07.2021 r., to Zamawiający mógłby dojść do wniosku, że Wykonawca powinien zostać wykluczony z Postępowania na wcześniejszym jego etapie. Taki wniosek mógłby z kolei doprowadzić do wyłączenia możliwości dalszego uczestnictwa Wykonawcy w Postępowaniu i jego eliminacji z tego Postępowania, a także do zmiany kolejności w rankingu ofert. Z powyższych względów należy uznać, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd opisane w poprzedzającym akapicie, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania.

Mając na względzie okoliczności opisane powyżej, Zamawiający stwierdził, że względem Wykonawcy zaistniały podstawy do wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz w punkcie 5.1.2.2. SWZ. Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Wykonawca dnia 19.01.2022 r. złożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, w którym nie potwierdził aktualności informacji zawartych w JEDZ złożonym dnia 15.07.2021 r. Następnie Wykonawca z własnej inicjatywy przedłożył kolejny raz JEDZ, z którego wynikało, że Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Przy uwzględnieniu roli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów, takich jak JEDZ oraz oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ należy stwierdzić, że Wykonawca przyznał, że względem niego zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy jednoczesnym zaniechaniu podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wykazania, że pomimo wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest wykonawcą rzetelnym i daje należytą rękojmie realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem. W ocenie Zamawiającego przyznania przez Wykonawcę faktu podlegania wykluczeniu z Postępowania nie zmienia fakt kwestionowania tej okoliczności w kolejnych pismach złożonych przez Wykonawcę. W przeciwnym razie nie zaistniałaby bowiem podstawa do aktualizacji informacji zawartych w JEDZ.

Należy także podkreślić, że Wykonawca z jednej strony przyznaje, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, a z drugiej strony kwestionuje zaistnienie względem niego podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Warto zatem zauważyć, że celem składania oświadczeń i dokumentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia jest stwierdzenie czy wykonawca jest rzetelny i daje należytą rękojmie realizacji zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca w toku Postępowania nie potwierdził przedmiotowych okoliczności. Z przedłożonych dokumentów wynika

jednoznacznie, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo zaistnienia przedmiotowych okoliczności Wykonawca zaniechał jakiejkolwiek próby wykazania, że podjął działania, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, zmierzające do wykazania rzetelności Wykonawcy. Natomiast okoliczności przywoływane przez Wykonawcę po złożeniu JEDZ 19.01.2022 r., zdaniem Zamawiającego nie mają związku z istotą oceny wystąpienia okoliczności, o których mowa w 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i jako takie nie mogą świadczyć o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia z Postępowania względem Wykonawcy.

Z powyższych względów Zamawiający stwierdził, że względem Wykonawcy zaistniała także podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz w punkcie 5.1.2.2. SWZ. Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania".

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W przypadku zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do 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.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie uznała, że Odwołujący przedstawiając w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty JEDZ w lipcu 2021 roku oraz w styczniu 2022 roku przedstawił Zamawiającemu informacje, które mogły wprowadzać w błąd, miały one istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje, a tym samym słusznie zastosowano wobec Odwołującego przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie w Informacji o odrzuceniu ofert nie nosiło cech błędnego i niepełnego.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odwołaniu, że dla wskazanych przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia z postępowania zachodzą osobne przesłanki konieczne określone w przepisach i obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie jakie okoliczności stanowią spełnienie tych przesłanek. Co warte podkreślenia, Odwołujący w toku rozprawy zmienił swoje stanowisko, na rozprawie wskazując, że zaistnienie przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp było wynikowe w stosunku do przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

By Zamawiający mógł zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne było ustalenie, czy:

1) Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego,

2) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dokumenty, które oceniane odrębnie mogły spowodować u Zamawiającego mylne wyobrażenie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, natomiast ocena całokształtu okoliczności przeprowadzona na podstawie obu dokumentów JEDZ mogła rodzić odwrotne przekonanie.

Nie dokonując na razie oceny, czy między złożeniem przez Odwołującego poszczególnych dokumentów JEDZ doszło do zmiany okoliczności faktycznych i Odwołujący uprawniony był do takiej a nie innej oceny sytuacji oraz odmiennej interpretacji treści samego oświadczenia (co może mieć znaczenie przy ustaleniu, czy wystąpiła przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), niewątpliwie w dniu 15 lipca 2021 roku, a więc w momencie złożenia pierwszego JEDZ Odwołujący posiadał wiedzę o treści oświadczenia złożonego przez Tramwaje Śląskie w dniu 6 maja 2021 roku. Abstrahując od tego jak Odwołujący oceniał to oświadczenie Tramwajów Śląskich oraz kiedy i czy w ogóle faktycznie doszło do rozwiązania wspominanej umowy, Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu całokształtu okoliczności związanych z realizacją umów na rzecz innego Zamawiającego i złożył dwa odmienne oświadczenia, choć fakty były mu doskonale znane. Niewątpliwie z JEDZ złożonego w dniu 15 lipca 2021 roku wynika, że Odwołujący nie znajdował się w sytuacji, gdzie wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Dopiero natomiast w JEDZ złożonym w styczniu 2022 roku Odwołujący wskazał, że taka sytuacja miała miejsce.

Przy czym w ocenie Izby istotne jest, że okoliczności przedstawione w JEDZ w styczniu 2022 roku odnoszą się do tej samej umowy, tego samego zamawiającego, a zdarzenia będące podstawą zaistnienia określonych faktów miały miejsce przed złożeniem JEDZ w dniu 15 lipca 2021 roku. Już więc podczas składania pierwotnego dokumentu JEDZ istniały podstawy przynajmniej do poinformowania Zamawiającego o zaistnieniu określonych okoliczności faktycznych, czy jednoczesnym przedstawieniu Zamawiającemu całokształtu przebiegu wykonywania umowy i wyniku oceny tych okoliczności przez Strony zobowiązania umownego. Taka postawa Odwołującego umożliwiłaby Zamawiającemu ocenę całego kontekstu wykonywania zobowiązań umownych przez Odwołującego i ustosunkowanie się do twierdzeń poszczególnych podmiotów oraz przywoływanych przez nich zdarzeń mających miejsce podczas wykonywania zobowiązań umownych.

Niewątpliwie także wiedza o całym ciągu zdarzeń mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego. Celem bowiem składanych informacji było podjęcie decyzji, czy Wykonawca może zostać zaproszony do kolejnych etapów postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, co doprowadzić mogło do oceny oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej a w konsekwencji do podpisania z takim podmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołującemu można przypisać działanie w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa. Odwołujący jest profesjonalistą, od którego wymaga się działania ze starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przy prowadzeniu działalności gospodarczej od danego podmiotu wymaga się uwzględnienia zawodowego charakteru tej działalności. Oznacza to, że dany wykonawca powinien posiadać wiedzę fachową, w tym wykazać się znajomością przepisów prawa oraz kierować się doświadczeniem zawodowym. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie zastosował się do powyższych reguł i nie poinformował Zamawiającego o okolicznościach istotnych dla oceny jego sytuacji podmiotowej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie dołożył zatem należytej staranności, choć znane były mu okoliczności odnoszące się do łączącej go umowy z Tramwajami Śląskimi, a także sposobu jej wykonywania i stawianych Odwołującemu zarzutów nieprawidłowego wykonywania tej umowy. Odwołujący jest stałym uczestnikiem rynku zamówień publicznych i nie obce są mu uregulowania związane z samą ustawą Pzp, a także przepisami wykonawczymi do ustawy oraz reguły odnoszące się do wypełniania dokumentu JEDZ i poświadczania braku podstaw do wykluczenia.

W ocenianym przez Izbę stanie faktycznym Odwołujący nie zachował należytej staranności przy wypełnianiu dokumentów JEDZ. Zdaniem składu orzekającego Izby zaznaczenie w odpowiedniej sekcji odpowiedzi „TAK” w stosunku do pytania „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” nie

oznacza automatycznie, że wobec takiego wykonawcy znajdują zastosowanie przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę na dalszą treść przedmiotowej sekcji, mianowicie: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat". Tym samym szczegółowe opisanie okoliczności, w których doszło do rozwiązania umowy przed czasem umożliwia Zamawiającemu ocenę spełniania podmiotowych warunków przez wykonawcę składającego oświadczenie. Nie jest to z drugiej strony jednoznaczne z koniecznością przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez Wykonawcę, co słusznie podkreślił Zamawiający na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie (część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa).

Izba w tej części rozpoznawania zarzutów nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne było niepełne i nie pozwalało Odwołującemu zidentyfikować przesłanek, którymi kierował się Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Wykonawcy. Tym samym w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił w tym zakresie, tak w uzasadnieniu faktycznym, jak i prawnym, które elementy dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uznał za istotne dla decyzji o wykluczeniu. Przedstawił ciąg wydarzeń, które ustalił i opisał, dlaczego przy ocenie tych wydarzeń doszedł do określonych wniosków. Wbrew twierdzeniom odwołania uzasadnienie Zamawiającego nie zawiera kwestii podnoszonych przez Odwołującego „z ostrożności", ale rzeczowo odnosi się do elementów podkreślonych przez Zamawiającego w Informacji o odrzuceniu. Strony różnią się do co oceny wyniku poczynionych ustaleń, co jednak nie świadczy o ułomności uzasadnienia. Odwołujący w odwołaniu szeroko odnosił się do okoliczności ustalonych przez Zamawiającego i przedstawionych w Informacji o odrzuceniu oferty, wchodząc z nimi w polemikę, co świadczy, iż uzasadnienie przekazane przez Zamawiającego merytorycznie odnosiło się do istoty problemu. Odwołujący nie musiał domniemywać podstaw wykluczenia, ani domyślać się jakimi przesłankami kierował się Zamawiający.

Uznanie za bezzasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp było jednoznaczne z oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec tego, że Izba uznała za poprawną i skuteczną czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na wskazywanej podstawie prawnej, czynność odrzucenia jego oferty również nie budziła wątpliwości Izby.

Izba podziela natomiast argumentację odwołania, że przedstawiona Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego była niepełna w odniesieniu do zaistnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tym zakresie Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego i odrzuceniu jego oferty w żaden sposób nie odniósł się nawet, czy Odwołujący działał w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. O ile działanie noszące cechy lekkomyślności lub niedbalstwa polegają na nieumyślności, a więc na niezamierzonym działaniu strony, o tyle działanie w sposób umyślny Zamawiający musi danemu Wykonawcy udowodnić. Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, z której wynikałoby, że Odwołujący działał w sposób celowy, z winy umyślnej, dążąc do wystąpienia po jego stronie rażącego niedbalstwa. Zamawiający dopiero w złożonej odpowiedzi na odwołanie szerzej rozwodził się nad stopniem winy po stronie Odwołującego (strona 10 odpowiedzi). Samo jednak przekazane Wykonawcy w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadnienie na ten temat milczy.

Choć zarzuty odwołania w tej części zasługiwały na uwzględnienie, to powyższe nie rzutowało na kształt sentencji, bowiem w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdziły się inne zarzuty odwołania, a tym samym oferta Odwołującego nie mogła zostać przywrócona do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie mogła podlegać dalszej ocenie w toku tego postępowania.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, natomiast z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak już podniesiono, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący został wykluczony a jego oferta odrzucona. Podstawy tej decyzji w części potwierdziły się, więc decyzja Zamawiającego była prawidłowa w zakresie wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Nawet przyznanie, że część zarzutów odwołania była zasadna, nie wpłynie na sytuację Odwołującego w prowadzonym postępowaniu i nie uzyska on zamówienia.

Przechodząc do oceny zarzutów związanych z zaistnieniem w stosunku do Odwołującego przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Izba uznała, że w odwołaniu słusznie podważano decyzję Zamawiającego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do treści samego uzasadnienia przekazanego przez Zamawiającego w tym zakresie, Izba uważa, że było ono niepełne i niewyczerpujące. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający argumentację przedstawił niejako na marginesie rozstrzygnięcia, traktując zaistniałe okoliczności jako dodatkowe. Uzasadnił tę podstawę wybiórczo, bez szczegółowego odniesienia się do przesłanek, które potwierdzić należy, by można było daną regulację zastosować.

Zamawiający nie odniósł się do żadnej z przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jest to podstawa wykluczenia Wykonawcy, której zastosowanie wymaga szczególnego zaangażowania się Zamawiającego w ocenę podmiotową. Zamawiający winien wszechstronnie zbadać przedstawione mu przez Wykonawcę okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego. Działania lub zaniechania Wykonawcy doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania albo jego długotrwałego nienależytego wykonania, a elementy te były dla zobowiązania wynikającego z umowy istotne.

Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający ograniczył się do enigmatycznego stwierdzenia, że „Wykonawca przyznał, że względem niego zaistniała podstawa do wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przy jednoczesnym zaniechaniu podjęcia jakichkolwiek czynności zmierzających do wykazania, że pomimo wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest wykonawcą rzetelnym i daje należytą rękojmie realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem. W ocenie Zamawiającego przyznania przez Wykonawcę faktu podlegania wykluczeniu z Postępowania nie zmienia fakt kwestionowania tej okoliczności w kolejnych pismach złożonych przez Wykonawcę". Oceniając przedstawione przez Odwołującego dokumenty w ramach wyjaśnień oraz materiału dowodowego (objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) Izba podkreśla, że Wykonawca w żadnym miejscu nie przyznał powyższych okoliczności. Co więcej, Odwołujący polemizuje szeroko z takim rozumieniem i interpretacją treści oświadczenia Tramwajów Śląskich z dnia 6 maja 2021 roku, a także z ustaleniami Zamawiającego w ramach stanu faktycznego.

Dodatkowo Zamawiający wskazywał że „Z przedłożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego", ale są to jedynie twierdzenia. W uzasadnieniu wykluczenia nie przedstawiono jakie elementy ze zgromadzonego materiału zdaniem Zamawiającego uprawniają do takich wniosków. Zamawiający otrzymał od Odwołującego wyjaśnienia w ramach poszczególnych zarzutów stawianych przez Tramwaje Śląskie. Do żadnego z tych zarzutów nie odniesiono się w Informacji o odrzuceniu. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym z dnia 7 marca 2022 roku odwoływał się do treści samych dokumentów źródłowych, podnosząc które fragmenty przedstawionych przez Odwołującego pism uzasadniają jego stanowisko. Takie zachowanie należy uznać za spóźnione.

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie uzasadnił dlaczego jego zdaniem Wykonawca nienależycie wykonywał zobowiązanie umowne, czy można uznać, że przywołane elementy tego zobowiązania były jego istotną częścią i czy ostatecznie wynikiem było rozwiązanie lub odstąpienie od umowy. Przede wszystkim także nie wykazano, że do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co jest warunkiem koniecznym przy decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Odwołujący tłumaczył jakie okoliczności doprowadziły do sytuacji, której skutkiem było złożenie przez Tramwaje Śląskie oświadczenia w dniu 6 maja 2021 roku. Przedstawiono jak układała się współpraca podmiotów powiązanych umową, dlaczego w ocenie Odwołującego nie wszystkie zarzuty odpowiadają sytuacji, która w rzeczywistości zaistniała. Wskazano również jakie mogły być potencjalne źródła nieporozumień między zamawiającym Tramwaje Śląskie a Inżynierem kontraktu, którego obowiązki pełnili pracownicy delegowani przez firmę Odwołującego.

Ocena prawidłowości działania danego podmiotu w ramach wykonywanego zobowiązania umownego wymaga od Zamawiającego (a tym samym od Izby oceniającej prawidłowość czynności Zamawiającego) odniesienia się w ramach wskazywanych przez Strony umowy nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu, specyfiki, zasad współpracy, współdziałania podmiotów. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tego szczegółowego odniesienia się

zaniechał, co w ocenie składu orzekającego Izby doprowadziło do nieskutecznego zastosowania względem Odwołującego przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że Strony związane umową w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mogą odmiennie dokonywać oceny zaistniałych okoliczności faktycznych lub prawnych, co może skutkować sporami w trakcie realizacji umowy lub właśnie w przypadku zakończenia współpracy. Rolą Zamawiającego była rzetelna i wnikliwa ocena przedstawionych mu dokumentów, czego Zamawiający zaniechał w samym postępowaniu, a co szczegółowo czynił dopiero w ramach postępowania odwoławczego. Dopiero w złożonych Izbie pismach procesowych Zamawiający szczegółowo odnosił się do okoliczności związanych ze złożeniem oświadczenia przez Tramwaje Śląskie, oceny tego oświadczenia przez samego Odwołującego, do postawy pana Ł. G. i udzielenia mu przez Tramwaje Śląskie zamówienia z wolnej ręki w tożsamym zakresie po zakończeniu współpracy z Odwołującym. Elementy te nie zostały przedstawione w Informacji o odrzuceniu oferty ani w części uzasadnienia faktycznego, ani w uzasadnieniu prawnym.

Skoro Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności wykluczenia z zastosowaniem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie wykazując, że doszło do ziszczenia się przesłanek ujętych w tym przepisie, to Izba nie jest władna dokonywać tej oceny za Zamawiającego. Obowiązkiem Izby jest ocena czynności lub zaniechań Zamawiającego, a nie działanie za ten podmiot.

Następnie podkreślenia wymaga, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący zobowiązany był do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Jak wynika ze stanowiska orzecznictwa i doktryny, warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (tak 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). Przyjmując, że w pierwotnym JEDZ umieszczono by okoliczności przedstawione w JEDZ w 2022 roku, to w ocenie Izby Odwołujący postąpiłby w dopuszczalny sposób. Odwołujący transparentnie przedstawiłby okoliczności dotyczące określonej umowy w sprawie zamówienia publicznego i mógłby powstrzymać się z wszczęciem procedury samooczyszczenia do czasu zakończenia przedmiotu sporu. Natomiast uprawnieniem Zamawiającego byłaby ocena, czy przedstawione okoliczności warunkują konieczność wykluczenia danego Wykonawcy. Dostrzeżenia także wymaga, 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 Pzp. 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. Pytania zamieszczone w JEDZ-u należy odczytywać również przez pryzmat uregulowań unijnych, a z uwzględnieniem brzmienia przepisów prawa krajowego, implementującego prawa wspólnotowe. W ten sam sposób ocenić trzeba udzielane przez Wykonawców w jego treści odpowiedzi. Przy udzieleniu odpowiedzi twierdzącej nie należy od razu domniemywać, że Wykonawca przyznaje, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, choćby z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby konieczne jest każdorazowe zbadanie przez danego zamawiającego, czy występują okoliczności, które skutkować muszą wykluczeniem Wykonawcy w ramach wyjaśnień złożonych wraz z JEDZ. Tym samym Izba oceniła jako prawidłowe zachowanie Odwołującego, który udzielając odpowiedzi twierdzącej w JEDZ, przedstawił okoliczności istotne dla danej odpowiedzi na pytanie, ale nie podjął jednocześnie czynności samooczyszczenia.

Jak już zauważono w niniejszym uzasadnieniu, potwierdzenie zasadności powyższego zarzutu, nie wpływało na kształt sentencji orzeczenia, bowiem potwierdziły się inne przesłanki, które obligowały Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Analizując zasadność zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że nie został on potwierdzony.

Zdaniem Izby oferta wykonawcy MGGP została przez Zamawiającego oceniona przy zastosowaniu tych samych reguł, jak w przypadku oferty Odwołującego. Wykonawca również wzywany był do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie do zdarzeń, które opisał w JEDZ złożonym w lipcu 2021 roku. Nie można więc Zamawiającemu zarzucać, że postąpił wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia te, podobnie jak w przypadku Odwołującego, objęte zostały przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest natomiast uchybieniem zasadom prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego odmienna ocena przedstawionych informacji, bowiem wynik badania sytuacji

podmiotowej danego Wykonawcy zależny jest od wielu czynników, między którymi zachodzić może istotna różnica w stanie faktycznym. Nie ma jednej miary oceny złożonych wyjaśnień. Co do czasu, w którym Zamawiający dokonał badania wystąpienia przesłanek warunkujących wykluczenie, to różnica wynika z faktu, że Odwołujący dopiero w JEDZ z 2022 roku poinformował Zamawiającego o wystąpieniu określonych zdarzeń. Zatem ocena Zamawiającego miała miejsce adekwatnie do czasu poinformowania przez każdego z Wykonawców o określonych okolicznościach.

Co do zarzutu ewentualnego, to jak celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, Odwołujący nie zawarł w odwołaniu jakiegokolwiek uzasadnienia dla

wskazywanego naruszenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie: