Sygn. akt: KIO 566/22

WYROK

z dnia 18 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym

przy udziale wykonawcy Pro-Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zakładowi Informatyki Lasów

Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym na rzecz odwołującego Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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: .....

Sygn. akt: KIO 510/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki

Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 24 miesięcy" (nr ref. DZ.270.34.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 093-242990. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 28 lutego 2022 r. wykonawca Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w ww. postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że w stosunku do Odwołującego nie zaistniały przesłanki wykluczenia, na które wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 18 lutego 2022 r., a które wynikają z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj.

   a) Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy;

   b) Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonało lub nienależycie wykonało istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania;

naruszając jednocześnie zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

2. z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 1 - naruszenie art.

109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że to wykluczenie jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne, czym Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego z postępowania, pomimo faktu, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu,

czym Zamawiający naruszył również zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie w sposób naruszający zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji do wyboru oferty wykonawcy Pro-Holding Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty wykonawcy Pro-Holding Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podjętych w dniu 18 lutego 2022 r., nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W odwołaniu szczegółowo opisano przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym także poprzednie postępowania odwoławcze, akcentując, że Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego, a podejmowane przez niego działania zmierzają do wyeliminowania Odwołującego z postępowania i utrzymania monopolu Przystępującego w świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego. Odwołujący opisał także stan faktyczny w zakresie dotychczasowej obsługi IT u Zamawiającego. Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania wskazano, iż Zamawiający dysponował już wcześniej wyjaśnieniami Odwołującego w zakresie realizacji umów z Kancelarią Sejmu RP oraz Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie, które Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2022 r. (sygn. KIO 2905/21) uznała za spójne i szczegółowe. Zostały one przekazane Zamawiającemu razem z ofertą, jak również razem z odwołaniem w sprawie KIO 2905/21. Zdaniem Odwołującego

istota wyroku w sprawie KIO 2905/21 nie sprowadzała się do tego, że Zamawiający powinien pozyskiwać jakieś nowe informacje, lecz do tego, że Zamawiający, działając w sposób zupełnie arbitralny, nie uwzględnił wcześniejszych wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego, opierając swoje stanowisko jedynie na informacjach (czasem lakonicznych), uzyskanych od innych instytucji zamawiających. Zamawiający nie zweryfikował w sposób krytyczny żadnych informacji, a wręcz pominął informacje przedstawiane przez Odwołującego. Tymczasem Odwołujący od samego początku konsekwentnie stoi na stanowisku, że nie zaszły w stosunku do niej przesłanki uzasadniające wykluczenie, uregulowane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Szczegółową argumentację dotyczącą kwestii realizacji umów na rzecz Kancelarii Sejmu oraz Zarządu Transportu Miejskiego zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do treści pisma o wykluczeniu Odwołującego wskazano, że brak w tym piśmie wykazania przez Zamawiającego: skutecznego rozwiązania umów, winy

Odwołującego, zasądzenia odszkodowania czy też powstania szkody, która byłaby objęta odszkodowaniem. W ocenie Odwołującego kolejny raz cała argumentacja Zamawiającego w zakresie stanu faktycznego ogranicza się do przedstawienia stanowisk podmiotów, które złożyły oświadczenia o rozwiązaniu umów. Nadal Zamawiający ignoruje wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, sprowadzając swoje stanowisko do krótkiej polemiki prawnej. Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający, realizując wyrok KIO w sprawie KIO 2905/21, nie uzyskał żadnych nowych informacji, które uzasadniałyby wykluczenie Odwołującego. Zamawiający zwrócił się w dniu 29 grudnia 2021 r. z pismami do Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie oraz Kancelarii Sejmu, z prośbą od dodatkowe informacje. Kancelaria Sejmu odpowiedziała w dniu 30 grudnia 2021 r. wskazując, że dokumenty w tej sprawie zostały przekazane Zamawiającemu w dniu 2 września 2021 r. Kancelaria Sejmu potwierdziła ponadto informacje, które były już Zamawiającemu znane wcześniej, tj. dotyczące braku zawarcia ugody z Odwołującym, zapłaty kar umownych oraz braku postępowania sądowego między Odwołującym i Kancelarią Sejmu w przedmiocie kontraktu. Przekazany Zamawiającemu protokół odbioru z dnia 17 kwietnia 2019 r. potwierdza z kolei prawidłowość realizacji wymienionych w nim prac i dostaw sprzętu. Również ZTM, odpowiadając w dniu 26 stycznia 2022 r. na pismo Zamawiającego, potwierdził wszystkie okoliczności znane wcześniej Zamawiającemu. Odwołujący podkreślił, że w wyroku KIO w sprawie 2905/21 Izba wyraźnie wskazała Zamawiającemu, że należy uwzględnić spójne i logiczne wyjaśnienia Odwołującego, nie zaś bezkrytycznie przyjmować jedynie pogląd podmiotu, który zło bowiem wystarczające do weryfikacji, czy rozwiązanie umowy lub też naliczenie kary umownej było uprawnione. Odwołujący wskazał także na wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1435/18, KIO 1440/18 oraz KIO 2105/19. Ponadto Odwołujący podniósł, że w każdym zobowiązaniu kontraktowym pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych - jak to miało miejsce w ww. sprawach. Z kolei wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. Mogłoby to mieć miejsce po dogłębnej analizie stanowisk obu stron sporu, analizie materiału dowodowego, ocenie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, w tym dokumentów, jak i stanowisk stron. Tymczasem Zamawiający takiego materiału dowodowego w ogóle nie przedstawił. Zamawiający nie uzyskał żadnych nowych informacji, natomiast dane, które już posiadał ocenił dokładnie tak samo, jak przed wydaniem wyroku KIO w sprawie KIO 2905/21. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołano wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 988/19, KIO 454/18, KIO 434/18, KIO 422/18.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób celowy i świadomy dąży do wykluczenia Odwołującego z postępowania w zasadzie za wszelką cenę. Mimo braku jakichkolwiek zmian w stanie faktycznym, Zamawiający stoi na stanowisku, że jedna z największych firm IT w Polsce, jak i w Europie, jaką jest Asseco Poland S.A., nie jest wykonawcą rzetelnym, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Petryfikując monopol wykonawcy Pro-Holding w obszarze objętym postępowaniem, Zamawiający pominął zupełnie kwestię proporcjonalności rzekomych „przewinień" Odwołującego w zakresie umów z Kancelarią Sejmu i ZTM, do wolumenu całej działalności Odwołującego nawet w samym sektorze publicznym.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania wskazano, iż wykluczenie Odwołującego jest nieproporcjonalne, czym Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Odwołujący podkreślił, że zasada proporcjonalności jest jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej, która została uregulowana przede wszystkim w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej. Jest to zasada, która odgrywa kluczową rolę na gruncie prawa unijnego, w tym również regulacji odnoszących się do zamówień publicznych. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, zakres i forma działań podmiotu związanego tą zasadą, nie może wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia jego celów. Aby wykazać zgodność z zasadą proporcjonalności, należy

przeprowadzić dwustopniowy test, który obejmuje test adekwatności oraz test niezbędności. Test adekwatności polega na ocenie, czy dane działanie podmiotu nadaje się do realizacji założonego celu. Z kolei test konieczności polega na ocenie, czy dane działanie nie wykracza ponad to, co jest konieczne do realizacji założonego celu. W przypadku testu konieczności odbywa się to poprzez porównanie planowanego działania z innymi możliwymi rozwiązaniami. Tak rozumiana zasada proporcjonalności oficjalnie pojawiła się w głównym katalogu zasad prawa zamówień publicznych w dyrektywach z 2014 r. Już w pkt 1 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE zostało wyraźnie podkreślone, że udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą: zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego uznawania, zasadą proporcjonalności oraz zasadą

przejrzystości. Z kolei w motywie 101 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE - na który nota bene wskazuje Zamawiający w piśmie o wykluczeniu Odwołującego - prawodawca unijny podkreślił obowiązek stosowania zasady proporcjonalności przy fakultatywnych podstawach wykluczenia, stwierdzając: „Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy". Jak podkreśla się w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz judykaturze, zasada proporcjonalności jest odzwierciedleniem idei sprawiedliwości, ponieważ w założeniu gwarantuje sprawiedliwe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro środki przyjmowane przez zamawiającego nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celów postępowania. W ten sposób zasada proporcjonalności jest elementem koncepcji godności, racjonalności i sprawiedliwości proceduralnej (ang. procedural dignity, procedural rationality, procedural justice), które w niniejszej sprawie nie zostały przez Zamawiającego zachowane.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności z perspektywy racjonalności proceduralnej, której istota sprowadza się do tego, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi w sposób efektywny zapewniać skuteczność prawa zamówień publicznych: gwarantować zgodne z prawem decyzje, podejmowane w możliwie sprawny sposób, z poszanowaniem zasad wydatkowania środków publicznych oraz gwarancji proceduralnych uczestników postępowania. Po pierwsze decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego zapadła z naruszeniem prawa zamówień publicznych, ponieważ wykluczył Odwołującego w sytuacji, w które nie było podstaw normatywnych do takiego działania. W konsekwencji Zamawiający naruszył zasady wydatkowania środków publicznych. Odwołujący wskazał, że obecnie zasada proporcjonalności w prawie zamówień publicznych jest postrzegana również jako przejaw zasady efektywności ekonomicznej, uregulowanej w przepisie art. 17 ust. 1 Pzp. Po drugie, Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej, ponieważ decyzja o wykluczeniu Odwołującego zapadła z naruszeniem norm prawa zamówień publicznych, a zatem nie była decyzją sprawiedliwą. Odwołujący podkreślił, że w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia kluczowe znaczenie przy ich stosowaniu ma ocena stanu faktycznego, będącego podstawą ewentualnego wykluczenia, oraz jego skutków dla danego postępowania z perspektywy zasady proporcjonalności. Jest to następstwem konieczności zapewnienia jak najszerszej konkurencji, co oznacza, że działając w zgodzie z zasadą proporcjonalności zamawiający nie powinni nadużywać podstaw wykluczenia (poza tymi, które są obligatoryjne). Potwierdza to szerokie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które wskazuje, że w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności, mając na uwadze, jakie skutki dla konkurencji może wywołać zastosowanie danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Dalsza argumentacja w tym zakresie została objęta przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na konieczność przeanalizowania czy dane działanie nie wykracza ponad to, co jest konieczne do realizacji założonego celu. W ocenie Odwołującego, oba warunki testu zgodności z zasadą proporcjonalności nie zostały przez

Zamawiającego spełnione. Argumentację dlaczego Odwołujący nie powinien zostać wykluczony objęto tajemnicą przedsiębiorstwa. Dalej Odwołujący stwierdził, że rozumowanie Zamawiającego jest nie tylko niezgodne z zasadą proporcjonalności, lecz również godzi w podstawy prawne całego systemu zamówień publicznych, zarówno na szczeblu unijnym, jak i krajowym. Podkreślił, że art. 109 ust. 3 ustawy Pzp daje zamawiającemu podstawę do braku wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, przy czym ową nieproporcjonalność ocenia się w stosunku do sytuacji wykonawcy ocenianej holistycznie, tj. z perspektywy jego całej działalności. Taki wniosek potwierdza zarówno doktryna, jak i judykatura w obszarze unijnego prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie powinien jednostronnie opierać się na decyzjach innych zamawiających względem wykonawcy w zakresie jego kwalifikacji podmiotowej, tylko z należytą starannością i bezstronnością oraz z uwzględnieniem zasady proporcjonalności

dokonać samodzielnej analizy wszystkich elementów wpływających na uczciwość i wiarygodność wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że realizuje najbardziej krytyczne dla Państwa projekty informatyczne, z o wiele większym wolumenem finansowym oraz przedmiotowym, niż System LAS. Specjalizuje się w dostawach dedykowanych systemów Informatycznych oraz w ich utrzymaniu i rozwoju. Dla przykładu wskazał, że w ostatnich latach świadczy usługi utrzymania i rozwoju systemów informatycznych dla m.in. następujących zamawiających publicznych: Ministerstwo Sprawiedliwości, Ministerstwo Finansów, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Bank Gospodarstwa Krajowego, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Krajowa Kasa Ubezpieczenia Społecznego, PGNiG.

Podkreślił, że nikt nigdy nie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za odstąpienie od umowy lub zapłatę kary umownej, pomimo

składania wielu ofert do poważnych instytucji zamawiających - również w postępowaniach o udzielenie zamówienia pod rządami ustawy Pzp z 11 września 2019 r. Nie było takiej sytuacji być może dlatego, że większość instytucji zamawiających kieruje się chęcią zapewnienia jak najszerszej konkurencji, nie zaś ochrony monopolu jednego wykonawcy, której tłem są wieloletnie relacje pomiędzy nimi. Z kolei obie sytuacje, które zostały wskazane w Załączniku nr 2 do JEDZ, tj. dotyczące umowy z Kancelarią Sejmu oraz ZTM, a które według Zamawiającego są podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania, to sytuacje incydentalne. Co więcej - pozostałe umowy Asseco realizuje należycie. Na fakt, że stan faktyczny wskazany przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia, ma charakter incydentalny, wskazują chociażby wartości kar umownych. Porównując wysokość tych kar do przychodów uzyskiwanych przez Asseco z pewnością można wskazać, że te 2 przypadki są incydentalne. Odwołujący przedstawił tabelę obrazującą wielkość przychodu z segmentu

Administracji Publicznej za lata 2017-2020 oraz wielkość całościowych za ostatnie 4 lata. Incydentalność 2 przedmiotowych sytuacji jest w ocenie Odwołującego oczywista także na tle wszystkich umów zawieranych przez Odwołujące. 2 sytuacje, na które powołuje się Zamawiający to 0,06 % wszystkich umów zawartych przez ostatnie 4 lata. Skoro zatem Odwołujący prawidłowo realizuje 3 105 umów, a jedynie w przypadku 2 sytuacji w ogóle zaistniały sytuacje, które Zamawiający próbuje przyporządkować pod przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - to oczywiste jest, że wykonawca prawidłowo realizuje zamówienia publiczne. Powyższego nie zmieniają podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 lutego 2022 r. informacje dotyczące naliczenia kar na poniższych umowach: 1) Umowa nr 41/DI/2019/2610 z dnia 18 czerwca 2019 r. pomiędzy Asseco a Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, gdzie wysokość kary wyniosła 44.500 zł - Odwołujący podkreślił, że wartość przedmiotowej umowy wynosi 205 611 896,62 zł brutto; 2) Umowa nr 350000-ILGW.271.6.2016 z dnia 15 kwietnia 2016 r. pomiędzy Asseco a Izbą Administracji Skarbowej w Krakowie, gdzie wysokość kary wyniosła 67.975,39 zł - Odwołujący podkreśla, że wartość przedmiotowej umowy wynosi 11 925 507,00 zł Ponadto, mimo naliczenia kary umownej, IAS w Krakowie wystawił Asseco referencję potwierdzającą należytą realizację zamówienia publicznego; 3) Umowa nr 2020/12/382 z dnia 29 grudnia 2020 r. pomiędzy Państwowym Funduszem Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych a Asseco, gdzie kara wyniosła 10.000 zł. - Odwołujący podkreślił, że wartość przedmiotowej umowy wynosi 6 121 647,88 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego powyższe kary nie mogą zostać uznane za znaczące naruszenia ciążących na Odwołującym zobowiązań, skoro sami zamawiający - jak w przypadku IAS - potwierdzają należytą realizację zamówienia przez Asseco. Zamawiający błędnie utożsamia fakt naliczenia kary umownej z nienależytą realizacją zamówienia publicznego. Zresztą, jak w przypadku systemu LAS i umów, które Zamawiający zawarł z wykonawcą Pro-Holding, brak naliczenia kar umownych nie oznacza, że wykonawca wszystkie swoje zobowiązania wykonywał prawidłowo. Jak zostało bowiem wskazane w pkt 29-30 niniejszego Odwołania, w ramach umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Pro-Holding, na skutek postępowania DZ.270.203.2018, dochodziło do wystąpienia ewidentnych przekroczeń czasów reakcji i czasów naprawy. Mimo tego Zamawiający twierdzi, że nie wystąpiły opóźnienia w realizacji zobowiązań wykonawcy wobec Zamawiającego oraz że nie były naliczane żadne kary umowne. Co ciekawe, informacje o umowach wskazanych powyżej, dostarczył Zamawiającemu nie kto inny, jak wykonawca Pro-Holding. Powyższe zdaniem Odwołującego wskazuje, że Zamawiający faktycznie stosuje podwójne standardy w podejściu do należytej realizacji zamówienia publicznego. Konsekwentnie działa celem wykluczenia Odwołującego z postępowania, rozliczając - jako jedyny zamawiający publiczny - Asseco z incydentalnych sytuacji i pomijając rozmiar i wolumen finansowy zamówień, które Asseco Poland S.A. realizuje prawidłowo. Zamawiający chroni w ten sposób monopol wykonawcy Pro-Holding, czym w sposób bezprawny utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu. W świetle powyższego wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zostało dokonane z uchybieniem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Sam Zamawiający, powołując się na motyw 101

preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że „za oczywiście nieproporcjonalne można jednak uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia". Taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający posiadał wszystkie informacje nie tylko w zakresie podstaw wykluczenia Odwołującego, lecz również dane pozwalające na ocenę „oczywistej nieproporcjonalności" wykluczenia Asseco z postępowania. Zamawiający znał - przynajmniej od momentu wniesienia odwołania w sprawie KIO 2905/21 - ilość i wolumen finansowy umów zawieranych w sektorze publicznym przez Odwołującego - umów, co wymaga podkreślenia, zawieranych w reżimie uczciwej konkurencji i prawa zamówień publicznych. Jednak w żaden sposób nie wykazał, jak incydentalne kwestie w stosunku do całości działań Odwołującego, skutkują tym, że nie ma innej możliwości w danym Postępowaniu, niż wykluczenie Odwołującego.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania wskazano, iż jest on logicznym następstwem uznania, że Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Zatem Zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę Odwołującego, co - w świetle przytoczonych w odwołaniu okoliczności - naruszyło również zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł, iż z uwagi na fakt, że Zamawiający w sposób bezprawny wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, wybór oferty Pro-Holding, jako oferty najkorzystniejszej, również odbył się z naruszeniem prawa zamówień publicznych, tj. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że wybór oferty wykonawcy Pro-Holding nie jest jedynym problemem przedmiotowego postępowania. Zamawiający prowadził całe postępowanie w sposób naruszający zasadę przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, czym konsekwentnie zmierzał do wyboru oferty wykonawcy Pro-Holding jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy ofertą najkorzystniejszą jest oferta Odwołującego. Odwołujący rozumie, że zmiana wykonawcy po tylu latach współpracy z wykonawcą Pro-Holding może rodzić pewne obawy, jednak nie mogą one rzutować na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Działania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, stawiają pod znakiem zapytania zarówno transparentność podjętych decyzji, jak i dbałość o zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, iż ma świadomość, że Izba nie może nakazać Zamawiającemu zawarcia umowy z Odwołującym, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, jednak ma uzasadnione obawy, że Zamawiający będzie dalej dążył do jakiegokolwiek wyeliminowania Odwołującego z postępowania.

Zamawiający w dniu 15 marca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzut nr 1 odwołania Zamawiający podniósł, iż realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2021 r. (sygn. akt: KIO 2905/21) przeprowadził ponownie czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego realizacja wyroku zobligowała go do ponownego zbadania czy Asseco Poland S.A. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, stwierdzenie przez KIO, że: „stanowisko Odwołującego było na tyle spójne i szczegółowe" nie jest równoznaczne z uznaniem przez KIO, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Zamawiający przy powtórzeniu czynności oceny ofert wziął pod uwagę uzasadnienie wyroku KIO i w dniu 29 grudnia 2021 r. wezwał w celach weryfikacyjnych Asseco Poland S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie należytej realizacji umów dla innych zamawiających tj. Kancelarii Sejmu RP (zwanej dalej KS RP) oraz Miastem Stołecznym Warszawa - Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie. Równolegle Zamawiający w tym samym dniu wystąpił z pisemnym wnioskiem do KS RP i ZTM o udzielenie informacji w tożsamym zakresie. Tym samym Zamawiający w celu rzetelnego zbadania czy wobec odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia dał dodatkową możliwość wypowiedzenia się zarówno wykonawcy jak i podmiotom, na rzecz których były realizowane zamówienia. W dniu 11 stycznia 2022 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pisemną odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w zakresie umów realizowanych na rzecz KS RP oraz ZTM. W dniu 30 grudnia 2021 r. Zamawiający uzyskał odpowiedź z KS RP Biura Komunikacji Społecznej w zakresie realizacji umowy rzecz KS RP. W dniu 27 stycznia 2021 r. Zamawiający uzyskał odpowiedź ZTM w zakresie realizacji umowy na jego rzecz. Zamawiający przeprowadził analizę otrzymanych odpowiedzi, jak i materiału, którym dysponował dotychczas, pod kątem zaistnienia przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnośnie umowy realizowanej przez Odwołującego na rzecz KS RP, w opinii Zamawiającego nienależyte wykonanie zobowiązania oznacza sytuację, w której

świadczenie jest wprawdzie spełnione przez wykonawcę, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym lub większym stopniu od świadczenia wymaganego. Określenie zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp „w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy" może budzić wątpliwości jako wyrażenie niedookreślone i wymaga od Zamawiającego indywidualnej oceny każdego przypadku. Zamawiający przeprowadził stosowne postępowanie dowodowe (dalszą argumentację w tym zakresie objęto tajemnicą przedsiębiorstwa). Dalej Zamawiający wskazał, iż dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania nie powinny mieć znaczenia wywody Odwołującego w zakresie powodów, dla których uchybił terminom określonym w umowie nr 11/2017. Okoliczności te mogłyby być podnoszone w postępowaniu cywilnym, przy okazji kwestionowania zasadności naliczania kar umownych. Ani Zamawiający, dokonując analizy przesłanek wykluczających Odwołującego z postępowania, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są władni rozstrzygać o takich okolicznościach i powinni przyjąć, iż jeżeli kary umowne zostały naliczone i zapłacone przez wykonawcę to były zasadne. Co więcej, wykonawca miał dodatkową możliwość wywiązania się z postanowień umowy (dodatkowy termin), ale również go nie dotrzymał. Nie można więc w tym przypadku mówić o incydencie (dalszą argumentację w tym zakresie objęto tajemnicą przedsiębiorstwa). Zamawiający wskazał także, iż w przeciwieństwie do Odwołującego, KS RP nie ma żadnego interesu w tym, aby nadawać dokonanym czynnościom inne znaczenie niż miały i mają w rzeczywistości, jak również podawać okoliczności, które nie miały potwierdzenia w stanie faktycznym. Kancelaria Sejmu RP odstąpiła od umowy w oparciu o treść § 8 ust. 1 pkt 2) i ust. 2 umowy, przesyłając wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu. Treść i intencja zamawiającego były wyrażone w sposób jednoznaczny. Nie znajduje zatem uzasadnienia wniosek Odwołującego, iż zapłata części wynagrodzenia niweczy czynność odstąpienia przez zamawiającego od umowy, czy też świadczy o tym, iż do odstąpienia nie doszło. Podstawą zapłaty wynagrodzenia był brak możliwości demontażu elementów systemu do głosowania i przejęcie ich z tego właśnie powodu na własność przez KS RP. Wykonawca również traktował pismo KS RP z dnia 18.10.2018 r. jako oświadczenie o odstąpieniu od umowy, skoro zwrócił się do zamawiającego o cofnięcie oświadczenia woli o odstąpieniu. W odpowiedzi na ten wniosek zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odstąpienia od umowy. W polskim porządku prawnym wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi konsekwencję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zgodnie z postępowaniem dowodowym przeprowadzonym przez Zamawiającego w przywołanym przez Odwołującego przypadku doszło do skutecznego odstąpienia przez Zamawiającego od zawartej umowy, na skutek zwłoki wykonawcy przekraczającej 14 dni w wykonaniu etapu umowy.

Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż odstąpienie od umowy może dotyczyć wyłącznie całości umowy. Natomiast nawet, jeśli KS RP odstąpił od umowy w całości, ze skutkiem ex tunc, to „zatrzymanie" przez KS RP części prac i zapłata za nie wynagrodzenia nie jest równoznaczne z ukształtowaniem na nowo stosunku prawnego łączącego strony. W sytuacji bowiem, gdy części prac nie da się zwrócić w naturze konieczne jest ich rozliczenie. Wskutek odstąpienia od umowy doszło do wzajemnego zwrotu świadczeń: Wykonawca został wezwany do deinstalacji i usunięcia wszystkich elementów budowanego systemu, a Zamawiający przejął nieusuwalne elementy systemu, za które Zamawiający zapłacił Wykonawcy w ramach rozliczenia umowy w związku z odstąpieniem. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz dowodami uzyskanymi przez Zamawiającego, doszło do rozliczenia umowy, wskutek czego Wykonawca został zobowiązany do uiszczenia kar umownych w znacznej wysokości. Pomimo negowania przez Wykonawcę zasadności naliczenia kar umownych doszło do ich zapłacenia, a tym samym do przyznania przez Wykonawcę, że doszło do nienależytego wykonania umowy. Zapłata przez Wykonawcę (jednego członka konsorcjum) kary umownej stanowi jednoznaczne przyznanie się Odwołującego do niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy. Nie znajduje bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia zapłata kar umownych w kwocie przewyższającej otrzymane wynagrodzenie w sytuacji, gdy podmiot uważa, iż są one nienależne. Kary umowne były naliczone za „zwłokę", a więc opóźnienie kwalifikowane, zawinione przez Wykonawcę. Nie mają znaczenia dla oceny stanu faktycznego żadne zastrzeżenia Wykonawcy poczynione przy zapłacie kary umownej. Zamawiający zwrócił także uwagę, że ustawodawca posługuje się w art. 109 ust. 1 pkt 7 pojęciem „z przyczyn leżących po jego stronie", co należy rozumieć szerzej niż „zawiniony". Przyczyny leżące po stronie wykonawcy należy rozumieć szeroko, będzie to nie tylko niedbalstwo, rażące niedbalstwo, ale także lekkomyślność oraz ryzyko, które wziął na siebie wykonawca w związku z realizacją kontraktu. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że umowa na rzecz KS RP była realizowana przez Odwołującego w sposób nienależyty, który doprowadził aż do odstąpienia od umowy prze KS RP, co wyczerpuje przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Dalsza część argumentacji została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Następnie Zamawiający wskazał, iż w przypadku niektórych umów, przy odstąpieniu od umowy, zwrot świadczenia w naturze nie zawsze jest możliwy. Następuje to w szczególności

w sytuacji, gdy użyte przez Wykonawcę materiały, czy wykonane prace są tak połączone z mieniem Zamawiającego, że nie da ich się usunąć. W takiej sytuacji obowiązkiem Inwestora jest odbiór wykonanych, nieusuwalnych prac i zapłata wynagrodzenia. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie potwierdza dokument uzyskany z KS RP, tj. pismo z dnia 18.10.2018 r. (IO-1130-11/2018) do konsorcjum realizującego umowę dotyczące odstąpienia, naliczenia kar oraz wzywające Wykonawcę do wzajemnego zwrotu świadczeń w stanie niezmienionym. W ocenie Zamawiającego różnica pomiędzy w wartością rozliczenia wskazaną w ww. piśmie (tj. 186 196,41 zł), a wartością wskazaną w protokole nr 11/2017 (tj. 491 952,90 zł) wynika z faktu, że KS RP w swoim piśmie wskazał szacunkową wartość. Zamawiający zwrócił też uwagę, że Wykonawca zwracał się do KS RP z wnioskiem o cofnięcie oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz o zawarcie ugody. Natomiast KS RP nie zgodziła się na takie rozwiązanie, podtrzymując swoje stanowisko (pismo z dnia 20 listopada 2018r.). Z protokołu odbioru, na który powołuje się Odwołujący nie wynika, żeby KS RP cofnęła swoje oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy i zastąpiła je wolą rozwiązania umowy za porozumieniem stron. Protokół w ogóle nie odnosi się do sposobu rozwiązania umowy, a jedynie (co należy jeszcze raz podkreślić), zawiera odbiór i rozliczenie prac nieusuwalnych. Ponadto, z istoty ugody wynikają wzajemne ustępstwa stron. Natomiast w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dostrzega żadnych ustępstw. Wykonawca otrzymał wynagrodzenie za wykonane, nieusuwalne prace, a jednocześnie zapłacił kary umowne w żądanej przez KS RP wysokości. Dodatkowo Zamawiający podaje, że Kancelaria Sejmu RP w odpowiedzi do ZILP z dnia 29 grudnia 2021 r. wyraźnie wskazuje cyt.: „Między Kancelarią Sejmu a konsorcjum spółek Asseco nie doszło do podpisania ugody". Zatem konfrontując stanowisko Odwołującego ze wskazanymi wyżej dokumentami i stanowiskiem KS RP, Zamawiający nie miał wątpliwości, że pomiędzy Odwołującym a KS RP nie doszło do zawarcia ugody. Zrozumiałe jest, iż Odwołujący za wszelką cenę próbuje przeforsować swoje racje, ale treść dokumentów jest jednoznaczna. Nie budzi też żadnych wątpliwości wola KS RP, potwierdzona w złożonych wyjaśnieniach. Dalsza argumentacja Zamawiającego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W części jawnej wskazano również, iż w ocenie Zamawiającego kara umowna zastrzeżona w umowie 11/2017, która została naliczona Wykonawcy ma charakter odszkodowawczy. Zamawiający powoła się na orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych oraz poglądy doktryny dotyczące tej kwestii, podkreślając, że w ujęciu art. 483 i 484 k.c. kara umowna stanowi ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Brak szkody lub jej niewielki rozmiar nie skutkują uznaniem, że kara umowna straciła swoją funkcję odszkodowawczą, mogą stanowić jedynie usprawiedliwienie zastosowania miarkowania szkody w oparciu o treść art. 484 k.c.. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią § 13 ust. 1 umowy 11/2017 strony ustaliły kary umowne „za zwłokę", a więc kwalifikowane opóźnienie, zawinione przez Wykonawcę. Tym samym zapisy dotyczące kar umownych nie były jedynie klauzulą gwarancyjną, ale typową klauzulą kar umownych. Według Zamawiającego nic nie stoi na przeszkodzie aby zastrzeżona kara umowna spełniała jednocześnie kilka funkcji, np. odszkodowawczą, represyjną, czy prewencyjną. Zamawiający ponadto wskazał, że Odwołujący podejmuje próbę obejścia zasady solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za realizację zamówienia dla KS RP, poprzez wskazanie, że zobowiązanie wobec zamawiającego uregulował inny podmiot niż Odwołujący. Zgodnie z przepisami prawa, Wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, tzn. nie może być wyłączony ani ograniczony. Tym samym nie można wykluczyć jego stosowania przez jakiekolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby oraz poglądy doktryny oraz wskazał, że inaczej niż w poprzednio obowiązującej ustawie odszkodowanie nie musi być „zasądzone", co oznacza, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia.

Odnośnie umowy realizowanej przez Odwołującego na rzecz ZTM Zamawiający przedstawił argumentację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto w części jawnej podniósł, że ustawodawca wiąże niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z odszkodowaniem. Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało - czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu, czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. Powołał się ponadto na komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do art. 109 ust. 7 ustawy Pzp. Podkreślił, że zgodnie z postanowieniami SWZ Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Wykonawcy, 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. Zapis ten odpowiada treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wystarczające jest zaistnienie

jednej z czterech okoliczności wskazanych w przepisie - wystąpienie kilku łącznie tym bardziej pozwala na rozważenie, czy powinno dojść do wykluczenia wykonawcy. Zgodnie z uzyskanym materiałem dowodowym Zamawiający ocenił, że w zaistniałej sytuacji zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 7 ustawy Pzp. Tym bardziej, że po stronie Wykonawcy zaistniały co najmniej dwie przesłanki skutkujące jego wykluczeniem, tj.: 1) Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odstąpienia od umowy. 2) Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odszkodowania (w postaci kary umownej).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, iż stanowisko Odwołującego co do nieproporcjonalności czynności odrzucenia należy uznać za chybione. Zamawiający wprowadził do ww. przesłankę wykluczenia do prowadzonego postępowania ze względu na krytyczny charakter systemu LAS dla PGL LP, który jest rozwiązaniem unikalnym i specyficznie nakierowanym na obsługę Lasów Państwowych (jest oprogramowaniem dedykowanym wyłącznie na potrzeby LP). System LAS obsługuje wszystkie jednostki organizacyjne PGL LP (ok. 470 jednostek i ok. 25 000 użytkowników). Dane przechowywane i przetwarzane przez System obejmują swym zakresem niemal całe spektrum działalności PGL LP m.in.: 1) Dane kadrowo-płacowe pracowników Lasów Państwowych, 2) Dane biznesowe kontrahentów zewnętrznych PGL LP, 3) Dane finansowo-księgowe, 4) Planowanie budżetowe, 5) Gospodarkę leśną, 6) Gospodarkę towarową (magazynową), 7) Infrastrukturę (nieruchomości, stany posiadania), 8) Moduł sprawozdawczości i raportowania, 9) Leśną mapę numeryczną. Zastosowanie przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, przez Zamawiającego nie zostało zakwestionowane przez Wykonawców na żadnym etapie postępowania. Zamawiający wskazał także, że zasadę proporcjonalności odnosi się do konkretnego postępowania a nie całokształtu prowadzonej działalności przez Wykonawców. Odwołujący, próbując wykazać nieprawidłowość czynności Zamawiającego, wskazuje dużą ilość realizowanych przez siebie zamówień oraz znaczną ich wartość. Z wywodów Odwołującego wynika, iż Zamawiający nie powinien brać pod uwagę faktu nienależytego realizowania przez niego zamówień dla innych Zamawiających dlatego, że zrealizował nienależycie tylko dwie umowy. W ocenie Zamawiającego przyjęcie takiej linii za słuszną, w przypadku dużych przedsiębiorstw, skutkowałoby pominięciem badania przesłanki nienależytego wykonania zamówienia w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Natomiast w przypadku Wykonawców o mniejszej skali prowadzonej działalności, w przypadku nienależytej realizacji zamówień, Zamawiający wykluczałby ich z postępowań. Zdaniem Zamawiającego to właśnie podejście Odwołującego stoi w jawnej sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Zatem Zamawiający nie dokonuje analizy art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w oparciu o ilość lub wartość zamówień wykonanych przez potencjalnego wykonawcę. Zamawiający bada nawet jednostkowe nienależyte wykonanie zamówienia przez pryzmat prowadzonego przez siebie postępowania.

Zdaniem Zamawiającego użycie przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ma za zadanie ustrzec Zamawiającego przed podmiotami dla których wartość prowadzonego postępowania nie jest istotna, a tym samym mogą „pozwolić sobie" na nienależytą realizację zamówienia licząc się z proporcjonalnie niedużą stratą w stosunku do prowadzonej przez nie działalności. Zamawiający zwrócił uwagę, że okresie objętym badaniem przesłanki wykluczenia wystąpiły u wykonawcy problemy przy realizacji więcej niż jednego zamówienia skutkujące naliczeniem kar: 1) Umowa nr 41/DI/2019/2610 z dnia 18 czerwca 2019 r. pomiędzy Asseco Poland S.A. a Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa wysokość kary 44 500,00 zł, 2) Umowa nr 350000-ILGW.271.6.2016 z dnia 15 kwietnia 2016 r. pomiędzy Asseco Poland S.A. a Izbą Administracji Skarbowej w Krakowie wysokość kar 67 975,39 zł, 3) Umowa nr 2020/12/382 zdania 29 grudnia 2020 r. pomiędzy Państwowym Funduszem Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON), a Asseco Poland S.A. kara umowna w wysokości 10 000,00 zł. Wprawdzie Odwołujący bagatelizuje te sytuacje, natomiast należy podkreślić, że powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie. Zamawiający zauważył, że Odwołujący powołał się na zapis w motywie 101 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, w którym prawodawca unijny podał, że: „Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy" Natomiast Odwołujący pominął kolejne zdanie ww. motywu, które stanowi, że: „Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie."

W odniesieniu do przytoczonego przez odwołującego dwustopniowego testu proporcjonalności Zamawiający wskazał: 1. Test adekwatności: System LAS, co należy podkreślić jest systemem kluczowym dla PGL LP w związku z powyższym wykonawca realizujący usługi jego utrzymania musi zapewnić Zamawiającemu pewność funkcjonowania systemu, tak więc powinien charakteryzować się dużą rzetelnością w realizacji zamówień czego może nie zapewnić Odwołujący, który uważa że brak realizacji zamówienia w znacznej części nie świadczy o nienależytej realizacji umowy. W szczególności gdy zdaje się sygnalizować, że biznesowo korzystniejsze jest dla niego zapłacenie kar umownych niż realizacja przedmiotu zamówienia. 2. Test konieczności: W ocenie zamawiającego w celu utrzymania krytycznego systemu LAS niezbędne jest zapewnienie realizacji usług przez rzetelnego wykonawcę. Obecny stan systemu nie dopuszcza alternatywnego rozwiązania. Przedmiot zamówienia musi być realizowany przez rzetelnego wykonawcę, dla którego

realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z harmonogramem i umową stanowi priorytet, gdzie potencjalny wykonawca nie będzie rozważał, czy biznesowo lepsze będzie przerwanie realizacji umowy i zapłata kar, czy też kontynuowanie współpracy. Mając na uwadze powyższe działanie Zamawiającego nadaje się do realizacji założonego celu, jak również działanie Zamawiającego nie wykracza ponad to co jest konieczne do jego realizacji.

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający podniósł, iż udzielając odpowiedzi na zarzuty nr 1 i 2 wskazał na zasadność wykluczenia wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Zamawiający był więc zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego. W odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania Zamawiający wskazał, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Oferta wykonawcy Pro-Holding sp. z o.o. po odrzuceniu oferty Odwołującego była jedyną ofertą podlegającą ocenie. Wykonawca wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę Pro-Holding Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego, w tym JEDZ i załączniki do JEDZ, pisma Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2021 r. do Kancelarii Sejmu oraz ZTM, pismo ZTM z dniu 27 sierpnia 2021 r., pismo Kancelarii Sejmu z dnia 2 września 2021 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie z dnia 20

września 2021 r. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, wyroku KIO z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2905/21, wezwanie Zamawiającego skierowane w dniu 29 grudnia 2021 r. do Odwołującego, Kancelarii Sejmu oraz ZTM, odpowiedzi udzielone na te wezwania przez ww. podmioty, zawiadomienia z dnia 18 lutego 2022 r. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania wymienionych na str. 25, zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (pismo Ministerstwa Finansów z dnia 1 grudnia 2021 r., list referencyjny ARiMR z dnia 24 stycznia 2022 r., list referencyjny PFRON z dnia 2 marca 2022 r.) oraz złożonego przez Przystępującego na rozprawie pisma ZTM z dnia 27 grudnia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy. W Rozdziale II SWZ, punkt 8 Zamawiający wskazał, iż wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy Pzp tj. Zamawiający wykluczy z postępowania 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 (Rozdział II punkt 8.9 SWZ).

Termin składania ofert upływał 6 sierpnia 2021 r. W postępowaniu oferty złożył wyłącznie Odwołujący (z ceną 9 977 760 zł brutto) i Przystępujący (z ceną 10 034 955 zł brutto). Odwołujący w JEDZ w Części III.C 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" udzielił odpowiedzi twierdzącej, wyjaśniając, że informacje dotyczące przyczyn udzielenia takiej odpowiedzi na pytanie znajdowały się w Załączniku nr 1 do JEDZ - część jawna oraz w Załączniku nr 2 do JEDZ - część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył przy tym, że nie podjął środków w celu wykazania swojej rzetelności (samooczyszczenie). W jawnej części załącznika do JEDZ Odwołujący wskazał m. in.:

„Zdaniem Asseco wymóg zaznaczenia opcji "TAK" w przedmiotowym punkcie JEDZ powstaje jedynie w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP, tj. w sytuacji, kiedy wykonawca, 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. Słuszność powyższego stanowiska wynika z wykładni systemowej, która oprócz literalnego brzmienia przedmiotowego punktu JEDZ, nakazuje także uwzględnić sposób implementacji tego obowiązku do polskiej ustawy. A zatem odpowiedź na pytanie mieszczące się w przedmiotowej pozycji formularza JEDZ powinna być zawsze udzielana - zgodnie z brzmieniem art. 109 ust. 1 pkt. 7 - z uwzględnieniem przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i zawsze w oparciu o ocenę zaistniałych w danej sprawie okoliczności faktycznych. A zatem sposób wypełnienia tego punktu formularza JEDZ nie pozostaje w oderwaniu od stanu faktycznego i prawnego. Tym samym należy uznać, że przedmiotowy punkt formularza JEDZ nie odnosi się do jakiegokolwiek rozwiązania umowy realizowanej przez danego wykonawcę. Sposób wypełnienia przedmiotowego punktu jest zawsze osadzony w danym brzmieniu SIWZ dotyczącym przedmiotowej fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Skoro zaś sam obowiązek wypełnienia przedmiotowego punktu JEDZ powstaje jedynie w sytuacji, gdy zastosowanie mają przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP, to oczywistym jest, że przy wypełnianiu JEDZ w tym zakresie wykonawcy powinni analizować ewentualne zaistnienie przesłanek wykluczenia określonych w tych przepisach.

Wykonawca Asseco ma świadomość, że zostały złożone w stosunku do niego oświadczenia o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (o czym szczegółowo dalej). Niemniej jednak żadne z takich oświadczeń nie zostało złożone na podstawie realizacji przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też Asseco do tej

pory konsekwentnie zaznaczało odpowiedź NIE w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ.

Co więcej - było to stanowisko uznawane za prawidłowe zarówno przez Zamawiających, jak i przez Krajową Izbę Odwoławczą. Pomimo zaznaczania odpowiedzi NIE w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ - nigdy nie orzeczono wobec Asseco wykluczenia w związku z takim wypełnieniem formularza JEDZ. Niezależnie jednak od wskazanego powyżej stanowiska opartego na analizie prawnej przepisów prawa, w tym także prawa europejskiego - Asseco na bieżąco analizuje praktykę, w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Powszechnych w zakresie stosowania Ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnotowaliśmy zatem pojawienie się nowych poglądów Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych oraz brak jednolitej linii orzeczniczej. Z jednej strony słuszność powyżej przedstawionego stanowiska Asseco potwierdza fakt, że wciąż zapadają wyroki

potwierdzające poglądy Asseco przykładowo: wyrok z dnia 4 grudnia 2019 r. KIO 2336/19, wyrok z dnia 12 października 2020 r. KIO 2117/20, wyrok z dnia 3 listopada r. 2020 KIO 2573/20. Z drugiej zaś strony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku, sygn. akt XXIII Ga 469/19, zainicjował nową linię orzeczniczą, potwierdzającą zasadność wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia koniunkcji następujących okoliczności: zaistnienia rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego (niezależnie od przyczyn) oraz zaznaczenia „NIE" w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ. Dodać należy, że powyżej wskazany dorobek orzeczniczy odnosi się do

poprzednio obowiązującej ustawy i wobec braku innych orzeczeń w tym zakresie musi być brany pod uwagę na zasadzie analogii do nowych przepisów ustawy." W objętym tajemnicą przedsiębiorstwa załączniku nr 2 do JEDZ Odwołujący szczegółowo opisał okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia od umów, kwestionując przyczyny i zasadność odstąpienia od umów.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2021 r. wystąpił do Kancelarii Sejmu z prośbą o udzielenie informacji dotyczącej rzetelności realizacji umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. przez konsorcjum z udziałem Odwołującego. Zamawiający poprosił o informacje czy ww. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z zawartej umowy, co doprowadziło do: wypowiedzenia lub odstąpienia przez (...) od umowy lub zapłaty przez wykonawcę odszkodowania lub zastępczego wykonania umowy lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi. Analogiczne pismo Zamawiający skierował do Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie w zakresie realizacji umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. W odpowiedzi na powyższe ZTM w dniu 27 sierpnia 2021 r.. udzielił Zamawiającemu zwięzłych odpowiedzi na ww. pytania, opisując przedmiot umowy oraz wskazując, że w dniu 20 sierpnia 2018 r. odstąpił od umowy, a pomiędzy stronami toczy się spór sądowy co do zasadności roszczenia ZTM o zapłatę kar umownych i roszczeń odszkodowawczych. Do pisma nie załączono żadnych dokumentów. W dniu 2 września 2021 r. Kancelaria Sejmu, w odpowiedzi na ww. pytania, przesłała Zamawiającemu skany umowy z Odwołującym, wezwania skierowanego do Odwołującego, oświadczenia z dnia 18 października 2018 r. o odstąpieniu od umowy wraz z wezwaniem do zapłaty kar umownych, pisma Kancelarii Sejmu informującego Odwołującego o odmowie cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Zamawiający w dniu 20 września 2021 r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1

pkt 7 Pzp, wskazując m.in.:

„Wykonawca Asseco Poland S.A. w punkcie dotyczącym podstaw wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to jest: 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 złożył oświadczenie potwierdzając, że znajdował się w powyższej sytuacji. Z dokumentów załączonych do oświadczenia wynika, że sytuacja, w której Wykonawca otrzymał oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu umowy nastąpiła co najmniej dwa razy w okresie ostatnich trzech lat. Co więcej, Wykonawca został również obciążony karami umownymi (...). Wykonawca w swoim oświadczeniu podnosi, że złożone wobec Asseco Poland S.A. oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie zostały złożone na podstawie realizacji przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W polskim porządku prawnym wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi konsekwencję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zgodnie z postępowaniem dowodowym przeprowadzonym przez Zamawiającego w przywołanym przez Asseco Poland S.A. przypadku doszło do skutecznego odstąpienia przez Zamawiającego od zawartej umowy, na skutek zwłoki Wykonawcy przekraczającej 14 dni w wykonaniu etapu umowy. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Wykonawcy, iż odstąpienie od umowy może dotyczyć wyłącznie całości umowy. W określonych sytuacjach może dotyczyć również jej części, co też miało miejsce w opisanej przez Wykonawcę sytuacji. Wskutek odstąpienia od umowy doszło do wzajemnego zwrotu świadczeń: Wykonawca został wezwany do deinstalacji i usunięcia wszystkich elementów budowanego systemu, a Zamawiający przejął nieusuwalne elementy systemu, za które Zamawiający zapłacił Wykonawcy w ramach rozliczenia umowy w związku z odstąpieniem.

Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz dowodami uzyskanymi przez Zamawiającego, doszło do rozliczenia umowy, wskutek czego Wykonawca został zobowiązany do uiszczenia kar umownych w znacznej wysokości. Pomimo negowania przez Wykonawcę zasadności naliczenia kar umownych doszło do ich zapłacenia, a tym samym do

przyznania przez Wykonawcę, że doszło do nienależytego wykonania umowy. Należy zwrócić uwagę, iż kary umowne były naliczone za „zwłokę", a więc opóźnienie kwalifikowane, zawinione przez Wykonawcę. Nie mają znaczenia dla oceny stanu faktycznego żadne zastrzeżenia Wykonawcy poczynione przy zapłacie kary umownej (.). W opinii Zamawiającego nienależyte wykonanie zobowiązania oznacza sytuację, w której świadczenie jest wprawdzie spełnione przez wykonawcę, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym lub większym stopniu od świadczenia wymaganego. Określenie

zawarte w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp „w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy" może budzić wątpliwości jako wyrażenie niedookreślone i wymaga od Zamawiającego indywidualnej oceny każdego przypadku. Zamawiający przeprowadził stosowne postępowanie dowodowe i uzyskał informacje, z których wynika, że odstąpienie od umowy miało charakter istotny, ponieważ umowa co do zasady nie została wykonana, a Wykonawca uiścił kary umowne. (...).

W ocenie Zamawiającego bez znaczenia również pozostają zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące braku odpowiedzialności Asseco Poland S.A. za realizację kontraktu z uwagi na fakt, że Wykonawca był członkiem Konsorcjum realizującego umowę. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Wykonawcy w zakresie braku odpowiedzialności członka konsorcjum. Zgodnie z przepisami prawa, wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, tzn. nie może być wyłączony ani ograniczony. Tym samym nie można wykluczyć jego stosowania przez jakiekolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność. W związku z solidarną odpowiedzialnością oraz nakazem stosowania przepisów dotyczących samodzielnego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 58 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wcześniej art. 23 ust. 3 p.z.p. - uwaga Zamawiającego) brak jest możliwości zróżnicowania odpowiedzialności w stosunku do któregokolwiek spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (tak: wyr. KIO z 3.06.2016 r., KIO 808/16, LEX nr 2054654).

Zamawiający przeanalizował dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu oraz uzyskane w postępowaniu dowodowym i stwierdził, że przedstawiony przez Wykonawcę przypadek należy ocenić jako istotne, długotrwałe, nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w znacznym zakresie. (...) Wykonawca Asseco Poland S.A. przedstawił w złożonym wraz z JEDZ oświadczeniu drugi przypadek, w którym Zamawiający również odstąpił od umowy. W ocenie Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy, naliczeniu i potrąceniu kar umownych zostało dokonane przez Zamawiającego bez właściwej podstawy prawnej. Zamawiający wystąpił również z powództwem o zasądzenie m.in. zapłaty naliczonych kar umownych oraz roszczeniem odszkodowawczym od Asseco Poland S.A., które Wykonawca zakwestionował w całości. Ustawodawca wiąże niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z odszkodowaniem. Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało - czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu,

czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. Zgodnie z opinią wyrażoną przez Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 109 ust. 7 ustawy Pzp: „Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy. Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza) Inaczej niż w poprzednio obowiązującej ustawie (art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. z 2004 r.) odszkodowanie nie musi być „zasądzone", co oznacza, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia.

Zamawiający podejmując decyzję dotyczącą wykluczenia Wykonawcy ocenił również możliwość niewykluczenia Wykonawcy na podstawie dyspozycji art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, który przyznaje Zamawiającemu możliwość niewykluczania wykonawcy w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Zgodnie z dyspozycją art. 109 ust. 3 ustawy Pzp oraz motywu 101 preambuły dyrektywy klasycznej za oczywiście nieproporcjonalne można jednak uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się nie powtarzają. Z przeanalizowanego materiału dostępnego Zamawiającemu wynika, że w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie ma

możliwości skorzystania z uprawnienia określonego w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca, w przedstawionych przez siebie sytuacjach, nienależycie wykonał umowę, co skutkowało odstąpieniem przez Zamawiającego od zawartych umów. Co więcej, Wykonawca miał dodatkową możliwość wywiązania się z postanowień umowy (dodatkowy termin), ale również go nie dotrzymał. Nie można więc w tym przypadku mówić o incydencie. Tym bardziej, że w krótkich odstępach czasu wystąpiły problemy przy realizacji więcej niż jednego zamówienia

Wykonawca w ramach złożonych oświadczeń dołączonych do JEDZ nie przedstawił dowodów, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 110 ust 2 ustawy Pzp. Z brzmienia art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca z własnej inicjatywy i bez wezwania, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia powinien dowieść przywrócenia swojej rzetelności. Zamawiający przeanalizował przedstawione przez Wykonawcę informacje w kontekście
art. 111 ustawy Pzp i stwierdził, że nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w granicach czasowych wyznaczonych dyspozycją art. 111 ustawy Pzp. Zamawiający świadomy wagi skutków wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz mając na względzie realizację zasad proporcjonalności i równego traktowania oraz zapewnienie efektywnej konkurencji na rynku zamówień publicznych, dochowując należytej staranności, podjął próbę ustalenia, czy konkretny stan faktyczny przemawia za rzetelnością wykonawcy oraz pozwala na stwierdzenie, że daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia, pomimo, że wcześniej uchybił określonym obowiązkom. Zamawiający w tym celu przeprowadził postępowanie dowodowe.

Zgodnie z uzyskanym materiałem dowodowym Zamawiający ocenił, że w zaistniałej sytuacji zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 7 ustawy Pzp tym bardziej, że po stronie Wykonawcy zaistniały co najmniej dwie przesłanki skutkujące jego wykluczeniem, tj.: 1) Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odstąpienia od umowy. 2) Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odszkodowania."

Na skutek odwołania wniesionego przez Asseco Poland S.A. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2905/21, uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., iż „istotne dla oceny działań i czynności Zamawiającego miało uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z 20 września 2021 r. O ile Zamawiający w sposób dosyć lakoniczny opisał i uzasadnił powody, dla jakich uznał, że wobec Odwołującego wypełniły się przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,
to pominął całkowicie stanowisko Odwołującego zawarte w załącznikach do JEDZ. Izba przeprowadziła dowód z tych załączników i uznała, że stanowisko Odwołującego było na tyle spójne i szczegółowe, że nie mogło zostać pominięte przez Zamawiającego milczeniem. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał jednak żadnych przyczyn, dla których nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego, w szczególności
w zakresie jego twierdzeń, że do problemów z realizacją umów z S. i Z. nie doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. (.) Podkreślić należy, że wykazanie zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podst. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może ograniczyć się do uzyskania określonych informacji od zamawiających, na rzecz których dany wykonawca realizował umowy. Informacje takie wymagają weryfikacji, szczególnie, gdy - jak na gruncie tego postępowania - zamawiający dysponował wyjaśnieniami Odwołującego całkowicie sprzecznymi ze stanowiskiem S. i Z. Brak krytycznej oceny i weryfikacji informacji dotyczących okoliczności, które doprowadziły do przedwczesnego zakończenia (bądź nieprawidłowej realizacji) umów uniemożliwił wykazanie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania."

W następstwie ww. orzeczenia Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego i pismem z dnia 29 grudnia 2021 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia

wyjaśnień i udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. W zakresie realizacji Umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Kancelarią Sejmu: 1) Czy umowa została zrealizowana w całości? Jeśli nie to w jakiej części została zrealizowana? 2) Czy Wykonawca zapłacił Zamawiającemu należności z tytułu nienależytej realizacji umowy? Jeśli tak to z jakiego tytułu były to należności? Na jakiej podstawie prawnej zostały zapłacone? 3) Jaki był termin realizacji zamówienia, w tym terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia? Czy terminy były modyfikowane przez strony? Jeśli tak to w jaki sposób i na jakiej podstawie faktycznej i prawnej? Proszę o przesłanie aneksów. 4) Czy i w jakich datach zostały zrealizowane poszczególne etapy zamówienia? 5) Czy doszło do zawarcia ugody pomiędzy stronami? Jeśli tak to jakiej treści? 6) Czy umowa została rozwiązana? W jaki sposób, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej? 7) Czy sposób realizacji umowy jest przedmiotem sporu sądowego? Jeśli tak to na jakim etapie jest obecnie postępowanie?

2. W zakresie realizacji Umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. zawartej z Miastem Stołecznym Warszawa - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie: 1) Czy umowa została zrealizowana w całości? Jeśli nie to w jakiej części została zrealizowana? 2) Czy Wykonawca zapłacił Zamawiającemu należności z tytułu nienależytej realizacji umowy? Jeśli tak to z jakiego tytułu były to należności? Na jakiej podstawie prawnej zostały zapłacone? 3) Jaki był termin realizacji zamówienia, w tym terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia? Czy terminy były modyfikowane przez strony? Jeśli tak to w jaki sposób i na jakiej podstawie faktycznej i prawnej? Proszę o przesłanie aneksów. 4) Czy i w jakich datach zostały zrealizowane poszczególne etapy zamówienia? 5) Czy sposób realizacji umowy jest przedmiotem sporu sądowego? Jeśli tak to na jakim etapie jest obecnie postępowanie? 6) Jakie wady zostały zgłoszone przez Zamawiającego? 7) Czy umowa została rozwiązana? Na jakiej podstawie faktycznej i prawnej? 8) Czy Wykonawca wystąpił do Zamawiającego z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia?

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Zamawiający posiada już praktycznie wszystkie informacje w zakresie zadanych pytań, a wynikają one z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załącznik do oferty Asseco Poland S.A., bądź do złożonego odwołania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. 2905/21). Odwołujący wskazał ponadto, że uważa wezwanie Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2021 r. za bezprzedmiotowe i naruszające przepisy art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a także art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że Zamawiający posiada pełnię wiedzy w zakresie objętym wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Sprawa ta była przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, która w wyroku z dnia 9 listopada 2021 r. (sygn. KIO 2905/21) wyraźnie wskazała, że w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy PZP Zamawiający: „(...) pominął całkowicie stanowisko Odwołującego zawarte w załącznikach do JEDZ. Izba przeprowadziła dowód z tych załączników i uznała, że stanowisko Odwołującego było na tyle spójne i szczegółowe, że nie mogło zostać pominięte przez Zamawiającego milczeniem". Istota tego wyroku nie sprowadza się bowiem do tego, jak próbuje to wykazać Zamawiający, że musi on wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie należytej realizacji umów dla innych zamawiających, lecz do tego, że Zamawiający, działając w sposób zupełnie arbitralny, nie uwzględnił wcześniejszych wyjaśnień przedstawionych przez Asseco Poland S.A., opierając swoje stanowisko jedynie na informacjach (czasem lakonicznych), uzyskanych od innych instytucji zamawiających. Zamawiający nie zweryfikował w sposób krytyczny żadnych informacji, a wręcz pominął informacje przedstawiane przez Wykonawcę. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza uznała wyjaśnienia Asseco Poland S.A. za spójne i szczegółowe. W ocenie Odwołującego już to wskazuje na fakt, że przedmiotowe wezwanie do złożenia wyjaśnień jest zupełnie bezprzedmiotowe, a zatem narusza przytoczone powyżej normy prawne. Dalszą część pisma zawierającą szczegółowe odpowiedzi na pytania zadane w wezwaniu objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Analogiczne jak do Odwołującego wezwanie Zamawiający skierował w dniu 29 grudnia 2021 r. do Kancelarii Sejmu oraz ZTM. W odpowiedzi na powyższe, Kancelaria Sejmu w dniu 30 grudnia 2021 r. poinformowała Zamawiającego, że przekazała mu już dokumentację dotyczącą realizacji umowy z dnia 6 lutego 2017 r. Dodatkowo przekazano protokół odbioru wykonanej części przedmiotu umowy z dnia 17 kwietnia 2019 r. oraz poinformowano, że nie zawarto ugody, wykonawca zapłacił kary umowne, a pomiędzy stronami nie toczyło się postępowanie sądowe dotyczące tego kontraktu. Z kolei ZTM w dniu 26 stycznia 2022 r. przesłał Zamawiający pismo, w którym zawarto takie same informacje jak w piśmie z dnia 27 sierpnia 2021 r.

Zamawiający w dniu 18 lutego 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Uzasadnienie

faktyczne podane przez Zamawiającego było w zdecydowanej części tożsame z uzasadnieniem przedstawionym w piśmie z dnia 20 września 2021 r. Zostało ono uzupełnione o następujące informacje: „Zamawiający realizując wyrok KIO z dnia 9 listopada 2021 r. Sygn. akt: KIO 2905/21: 1) Wezwał w dniu 29 grudnia 2021 r. Wykonawcę Asseco Poland S.A. do wyjaśnień w zakresie realizacji umów na rzecz Kancelarii Sejmu oraz Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, 2) Wystąpił z pismami do Kancelarii Sejmu RP oraz ZTM w Warszawie z prośbą o udzielenie informacji na temat rzetelności realizacji przez Asseco Poland S.A. umów na ich rzecz. Zamawiający przeanalizował dodatkowo otrzymane dokumenty: 1) Odpowiedź z Kancelarii Sejmu z dnia 30.12.2021 r. na wniosek o udostępnienie informacji na temat realizacji umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r., 2) Odpowiedź z ZTM w Warszawie z dnia 26 stycznia 2022 r. na wniosek o udostępnienie

informacji na temat realizacji umowy nr 571/2015 z dnia 18.11.2015 r. zawartej z Miastem Stołecznym Warszawa - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie,3) Odpowiedź Asseco Poland S.A. z dnia 11 stycznia 2022 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie

realizacji umowy na rzecz ZTM w Warszawie i Kancelarii Sejmu RP. 4) Dokumenty przekazywane przez Asseco Poland S.A. w ramach odwołań sygn. akt. KIO 2905/21 oraz KIO 15/22. 5) Pismo Wykonawcy Pro-Holding Sp. z o.o. z dnia 14 lutego 2022 r. zawierające informację o realizacji umów przez Asseco Poland S.A. tj.: a) Informacja z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, b) Informacja z BGK, c) Informacja z Izby Administracji Skarbowej w Krakowie, d) Informacja z Kancelarii Sejmu RP, e) Informacja z PFRON, f) Informacja z Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie.

Po analizie ww. dokumentów Zamawiający stwierdził:

1. W zakresie realizacji umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Kancelarią

Sejmu RP ustalono: a) Brak terminowej realizacji umowy; b) Zapłatę przez Wykonawcę na rzecz Kancelarii Sejmu RP należności z tytułu kar umownych w całości w wysokości 2 330 850 zł. c) Zapłatę przez Kancelarię Sejmu RP na rzecz Wykonawcy kwoty w wysokości: 491 952,90 zł brutto (protokół odbioru z dnia 17.04.2019 r. - odbiór nieusuwalnych elementów zamówienia), d) Brak zawarcia ugody pomiędzy Wykonawcą,

Zamawiającym, e) Brak sporu sądowego pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

2. W zakresie realizacji umowy nr 571/2015 z dnia 18.11.2015 r. zawartej z Miastem

Stołecznym Warszawa - Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie ustalono, że: a) Przedmiot umowy nie został odebrany w całości przez Zamawiającego, b) ZTM w Warszawie naliczyło wykonawcy Kary umowne, c) ZTM w Warszawie w dniu 20 sierpnia 2018 r. odstąpiło od umowy z Wykonawcą, d) Pomiędzy stronami umowy toczy się spór w sądzie pierwszej instancji obejmujący roszczenie (pozew) ZTM o zapłatę kar umownych oraz roszczenie odszkodowawcze. Asseco Poland S.A. kwestionuje całość roszczenia ZTM zarówno co do wysokości jak i zasady

3. W zakresie realizacji umów wskazanych przez Wykonawcę Pro-Holding Sp. z o.o. Zamawiający przeanalizował złożone dokumenty dotyczące realizacji umów z innymi Zamawiającymi.

W zakresie realizacji zamówień na rzecz ZTM w Warszawie oraz Kancelarii Sejmu RP stwierdzono, że przekazane dokumenty są już w dużej części znane Zamawiającemu (tj. zostały pozyskane przez Zamawiającego od Asseco Poland S.A. jak od Zamawiających - KS RP oraz ZTM). W zakresie pozostałych kontraktów ustalono, że Wykonawca Asseco Poland S.A. w dokumentach złożonych: wraz z ofertą, w ramach wyjaśnień oraz w trakcie procedur odwoławczych nie wspominał o realizacji tych zamówień.” Zamawiający uzupełnił także fragment na str. 4 uzasadnienia odrzucenia dotyczący rozliczenia umowy z Kancelarią Sejmu o informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia za wykonane świadczenia nieusuwalne oraz o wysokość kar umownych, stwierdzając w oparciu o te dane, że umowy nie zrealizowano w sposób znaczny i istotny. W kontekście art. 109 ust. 3 ustawy Pzp uzasadnienie odrzucenia zostało uzupełnione o jedno zdanie na str. 6, w którym wylistowano trzy inne umowy, w których zdaniem Zamawiającego wystąpiły problemy przy realizacji skutkujące nałożeniem kar umownych.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż

odwołanie podlega uwzględnieniu.

Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym była ocena zgodności z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego z dnia 18 lutego 2022 r. polegającej na odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na zaistnienie przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, skład orzekający dokonując oceny prawidłowości działań Zamawiającego wziął pod rozwagę całokształt ustalonych w toku postępowania w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy okoliczności faktycznych, w tym okoliczności dotyczące realizacji umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. (Kancelaria Sejmu) oraz umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. (ZTM) i ich zakończenia. Tak ustalony stan faktyczny Izba poddała subsumpcji pod obowiązujące normy prawne wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 111 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, stwierdzając, że podjęta przez Zamawiającego w dniu 18 lutego 2022 r. czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie była prawidłowa, ponieważ wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty z tego powodu nastąpiło po upływie okresu wykluczenia wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. 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. Z kolei w myśl art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Z powyższych regulacji wynika, iż możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego zależna jest nie tylko od zaistnienia okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (przesłanka pozytywna), ale również od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, na co wskazuje art. 111 pkt 4 ustawy Pzp (przesłanka negatywna). Tylko i wyłącznie kumulatywne spełnienie obu tych przesłanek warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Art. 111 ustawy Pzp ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle prawa krajowego i unijnego nie sposób uznać za proporcjonalną sankcji dopuszczającej bezterminową możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na zaistnienie jednego, określonego zdarzenia podważającego jego rzetelność. Art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wyznacza okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. W przypadku przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu nienależytego wykonania danej umowy. Okoliczność, iż wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp trzyletni okres trwania stanu wykluczenia ma charakter maksymalny, wynika chociażby z motywu 101 dyrektywy 2014/24/UE stanowiącego, że „(...) Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. (...)” Wskazuje na to także art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie

podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności (...).”

Art. 111 pkt 4 ustawy Pzp określa jednoznaczne ramy czasowe trzyletniego okresu wykluczenia w przypadku zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg, a którym jest zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Moment końcowy określany jest zaś przez upływ trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z art. 112 Kodeksu cywilnego, który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Okres wykluczenia zakończy się zatem po trzech latach, z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu - tj. dniowi, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia. Art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wyznacza zatem konkretny punkt czasowy, w którym okres wykluczenia kończy się, niezależnie od istnienia jakichkolwiek innych okoliczności, w tym niezależnie od faktu czy dany wykonawca w tym czasie ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Upływ tego okresu jest okolicznością obiektywną, która powoduje, że wykonawca nie może już zostać wykluczony z postępowania za zdarzenie, którego okres wykluczenia dotyczył.

Jak wskazuje się w doktrynie „Wykluczenie wykonawcy z postępowania za zaniechanie lub czynność, która została w przepisach art. 108 i 109 ustawy Pzp uznana za negatywną i świadczącą o utracie rzetelności przez wykonawcę, nie może mieć miejsca bezterminowo od wystąpienia danego zdarzenia. Tego typu sankcja byłaby nieproporcjonalna i niedająca możliwości uwzględnienia zmiany, jaka zaszła w prowadzeniu działalności przez wykonawcę. Stąd niezbędne jest określenie ustawowo terminu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu (...). Okres, w jakim nastąpi wykluczenie, został ustalony różnie dla różnych przesłanek wykluczenia. Stwierdzając zajście okoliczności wypełniających przesłanki, zamawiający musi określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło, oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie nie może nastąpić.” (por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WKP 2021). Podobnie wypowiada się J. Jarnicka [w:] M.Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. wyd. C.H. Beck, 2021 r.), wskazując: „w art. 111 ustawy Pzp (...) przewidziano pewnego rodzaju „zatarcie skazania” stosowane do oceny przesłanek wykluczenia. (...) Po upływie okresów, o których mowa w art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z powodu skazania nie będzie możliwe. Dotyczy to nie tylko przestępstw karnych, ale również innych zdarzeń, które zgodnie z art. 108 lub 109 ustawy Pzp stanowią podstawy wykluczenia.”

W ocenie składu orzekającego kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w at. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Żadna z metod wykładni ww. przepisów nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu ich zastosowania ponad wynikający ściśle z ich brzmienia. Zasada ta jest szczególnie znana na gruncie prawa karnego, gdzie w myśl zasady nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege podstawową dyrektywę wykładni przepisów prawa karnego stanowi nakaz interpretacji ścisłej (literalnej) wszystkich przepisów prawnych, tj. takiego odczytywania zwrotów językowych, aby nie odstąpić od jak najbardziej jednoznacznego sposobu rozumienia tekstu prawnego. Nakaz ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym funkcjonuje we wszystkich dziedzinach prawa, także w odniesieniu np. do sankcji administracyjnych czy skarbowych.

Mając to na uwadze należy wskazać, że ustawa Pzp określa wyłącznie długość trwania okresu wykluczenia i nie zawiera przepisów, które wskazywałyby na możliwość zawieszenia czy przerwania biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń, w szczególności nie przewiduje możliwości wstrzymania biegu tego okresu, w sytuacji złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu (jak na przykład instytucja przedłużenia przedawnienia karalności z art. 102 Kodeksu karnego), to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie powinno się wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W przeciwnym razie wykonawca zostałby wykluczony z postępowania za zdarzenie, wobec którego okres wykluczeniu już upłynął. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Jeśli

nastąpi to w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to w świetle art. 111 pkt 4 ustawy Pzp istniejąca na dzień składania ofert podstawa wykluczenia wykonawcy ustanie. I odwrotnie - w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą zaistnieć zdarzenia dla wykonawcy niekorzystne: wykonawca może nie podlegać wykluczeniu na dzień składania ofert, jednak jeśli podstawa wykluczenia zmaterializuje się w toku postępowania, to Zamawiający będzie mógł wykonawcę z tego postępowania wykluczyć.

W ocenie Izby, jeśli momentem decydującym o możliwości wykluczenia wykonawcy za zaistnienie określonego zdarzenia w sytuacji, gdy okres wykluczenia upływa w toku postępowania o udzielenie zamówienia, miałby być termin składania ofert, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w przepisach ustawy Pzp. W aktualnym stanie prawnym brak jest jakichkolwiek regulacji, które wskazywałyby na możliwość przedłużenia w takim przypadku okresu wykluczenia do czasu zakończenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie do czasu podjęcia przez zamawiającego decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania. Wobec tego, mając na względzie wspomniany już sankcyjny charakter omawianych przepisów, znaczenie decydujące winna mieć tutaj literalna treść art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten określa wyłącznie moment, od którego należy liczyć początek biegu okresu wykluczenia (zdarzenie będące podstawą wykluczenia), który kończy się z upływem trzech lat od tego zdarzenia, niezależnie od jakichkolwiek okoliczności. Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło. Składając ofertę w postępowaniu, w którym termin składania ofert przypada już po upływie ww. okresu wykluczenia, podmiot taki co do zasady nie ma już obowiązku wskazywania w Części III.C JEDZ, 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 Izby na gruncie obowiązujących przepisów brak jest podstaw do różnicowania ww. sytuacji od sytuacji, w której okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do nieznajdującego oparcia w przepisach rozciągnięcia czasu trwania stanu wykluczenia wykonawcy z tytułu zaistnienia określonego zdarzenia ponad wynikający wprost z ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że Zamawiający wiązał istnienie podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z nienależytą realizacją dwóch umów: umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej przez konsorcjum z udziałem Odwołującego z Kancelarią Sejmu RP oraz umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. zawartej przez Odwołującego z Miastem Stołecznym Warszawa - Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie. W obu tych przypadkach Zamawiający wskazał na fakt odstąpienia od umowy oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi. Stwierdzając zaistnienie okoliczności wypełniających przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający powinien był ponadto określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie - jak opisano powyżej - nie mogło nastąpić. W ocenie Izby Zamawiający okoliczności tej w sposób prawidłowy nie zweryfikował.

Określając moment zaistnienia zdarzenia, od którego rozpoczyna bieg okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, należy przywołać wyrok Izby z dnia 26 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1781/20, w którym Izba stwierdziła, iż termin 3 lat, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp należy liczyć od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, gdyż odmienny sposób liczenia terminu może spowodować niepewność po stronie wykonawcy, co do terminu, w jakim będzie mógł być wykluczany z postępowań. W orzeczeniu tym podkreślono także fakt, że sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może doznać wykonawca w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle, nie dając możliwości nadinterpretacji. W rozpoznawanej sprawie Izba przyjęła za moment zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, dla umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Kancelarią Sejmu RP datę 18 października 2018 r., tj. datę pisma informującego wykonawcę o odstąpieniu od umowy oraz wzywającego do zapłaty kar umownych, zaś dla umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. zawartej z Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie datę 20 sierpnia 2018 r., tj. datę pisma informującego wykonawcę o odstąpieniu od umowy oraz wzywającego do zapłaty kar umownych. Sama data złożenia przez Kancelarię Sejmu i ZTM oświadczeń woli o odstąpieniu od umowy oraz obciążeniu wykonawcy karami umownymi była okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami, sporna była zasadność odstąpienia od umów i wysuwanych roszczeń.

Mając to na względzie Izba stwierdziła, że okres wykluczenia Odwołującego za

ewentualnie nierzetelną realizację ww. umów upłynął odpowiednio z dniem 20 sierpnia 2021 r. i 18 października 2021 r., a zatem w chwili podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. w dniu 18 lutego 2022 r., Odwołujący wykluczeniu z tego tytułu podlegać już nie mógł. Po upływie maksymalnego, trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, rzetelność Odwołującego z powodu nienależytego wykonania umowy zawartej z Kancelarią Sejmu oraz Zarządem Transportu Miejskiego nie może zostać podważona niezależnie od tego, czy okres ten upłynął przed terminem składania ofert czy w tracie postępowania o udzielenie zamówienia, co szczegółowo omówiono powyżej. Okoliczność tę - wynikającą z dokonanych ustaleń faktycznych - Izba zobowiązana była wziąć pod uwagę rozstrzygając odwołanie, jako że upływ okresu wykluczenia następuje z mocy prawa i stanowi przesłankę uniemożliwiającą wykluczenie wykonawcy z postępowania za dane zdarzenie.

Jedynie uzupełniająco zauważyć należy, że gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w dniu 20 września 2021 r. i nie zostałaby ona unieważniona wyrokiem Izby z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2905/21, to odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nienależytej realizacji umowy na rzecz Kancelarii Sejmu nastąpiłoby jeszcze w trakcie trwania okresu wykluczenia wynikającego z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający już wówczas dysponował wiedzą co do okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, a przyczyną unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego było wadliwe uzasadnienie faktyczne tej decyzji, niezawierające wszechstronnej analizy posiadanych przez Zamawiającego dokumentów. Długość trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może, w ocenie Izby, rzutować na wydłużeniu biegu okresu wykluczenia wykonawcy za dane zdarzenie ponad okres wskazany wprost w ustawie Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że nie została spełniona przesłanka negatywna braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, warunkująca możliwość wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp za nierzetelną (zdaniem Zamawiającego) realizację umowy nr 11/2017 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej przez konsorcjum z udziałem Odwołującego z Kancelarią Sejmu RP oraz umowy nr 571/2015 z dnia 18 listopada 2015 r. zawartej przez Odwołującego z Miastem Stołecznym Warszawa - Zarządem Transportu Miejskiego w Warszawie. Tym samym za zbędne Izba uznała dokonywanie oceny spełnienia przesłanki pozytywnej, tj. zaistnienia okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skoro zdarzenie, na które powoływał się Zamawiający, nie mogło stanowić podstawy wykluczenia wobec upływu okresu wynikającego z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji zbędne było także rozstrzyganie kwestii ewentualnego niezastosowania przez Zamawiającego art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod rozwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania, lecz odstępując od zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na fakt, iż uwzględnienie odwołania było wynikiem ustalenia przez Izbę upływu okresu wykluczenia wykonawcy wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, którą to okoliczność Izba orzekając zobligowana była wziąć pod uwagę jako warunkującą możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....