Sygn. akt KIO 1341/22

WYROK

z dnia 2 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKSAMETR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz MILIARIUM Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia EKSAMETR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MILIARIUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKSAMETR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MILIARIUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKSAMETR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MILIARIUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1341/22

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem - Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, Odcinek II Morawica - Wola Morawicka (realizacja w systemie Projektuj i Buduj)" na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 201-524217. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKSAMETR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MILIARIUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inko Consulting Sp. z o.o. i MP Consulting Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Inko") jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Inko, mimo że Konsorcjum Inko, w wyniku co najmniej niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, a przy tym Konsorcjum Inko nie dokonało skutecznie czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Inko jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo iż Konsorcjum Inko wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, jak również nie utrzymywało wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia tej czynności.

Odwołujący wskazał, że w postanowieniu 9.2 specyfikacji warunków zamówienia - instrukcji dla wykonawców, iż wykluczy z postępowania tych wykonawców, którzy dopuszczą się czynów określonych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdy Zamawiający zdecydował się na takie zastrzeżenie, stał się prawnie zobligowany do wykluczenia wykonawcy, wobec którego ziszczą się jedna lub więcej przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

wskazanych

w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia jako podstawy wykluczenia.

27 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie Multiconsult Sp. z o.o. złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę nadzoru nad zaprojektowaniem i budową linii kolejowej C-E 65 Chorzów Batory - Nakło Śląskie, ogłosiła wyrok (KIO 1320/20), w którym uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Inko Consulting Sp. z o.o. (podmiot działający w ramach Konsorcjum Inko) oraz Drogową Trasę Średnicową S.A. Wyrok jest prawomocny. KIO stwierdziła w tym orzeczeniu, iż PKP bezprawnie zaniechały wykluczenia z postępowania Inko Consulting Sp. z o.o. i Drogowej Trasy Średnicowej S.A. oraz wskazała na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., wskutek zaniechania wykluczenia tych podmiotów, mimo iż wprowadziły one zamawiającego w błąd w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, iż spełniają one warunek udziału w postępowaniu dotyczący inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. KIO wskazała, że do popełnienia czynu wprowadzenia zamawiającego w błąd doszło już w ofercie, do której załączyły wykaz osób, w którym wskazano osobę W.K. jako spełniającą wymogi dotyczące inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Czyn ten został powtórzony w odpowiedzi udzielonej PKP na początku kwietnia 2021 r. Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu, termin złożenia ofert w tamtym postępowaniu przypadł na 21 stycznia 2020 r., zatem w tym dniu wykonawcy dopuścili się wobec zamawiającego czynu zabronionego stypizowanego w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Zważywszy tożsamość między treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych Inko Consulting Sp. z o.o. zobowiązana była w okresie dwóch lat (art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) licząc najwcześniej od 21 stycznia 2020 r. - a zatem co najmniej do 20 stycznia 2022 r. - informować wszystkich zamawiających o tym, iż dopuściła się w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Okres dwóch lat jest wypadkową tożsamości treści art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. z art. 109 ust. 1 pkt 9 i art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się do „przypadków" określonych już w nowej ustawie, ale identycznych znaczeniowo ze zdarzeniami określonymi w poprzedniej ustawie. Każdorazowe zaniechanie udzielenia w treści oferty takiej informacji powodowałoby bowiem, iż Inko Consulting Sp. z o.o. popełniałaby nowy czyn zabroniony wynikający z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczeniom tym mogła towarzyszyć czynność tzw. self-cleaningu. Po ogłoszeniu wyroku KIO 1320/20 nie istniały żadne argumenty natury prawnej czy faktycznej, które mogłoby służyć Inko Consulting Sp. z o.o. jako podstawa do unikania obowiązku każdorazowego przyznawania się do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.) poprzez podanie we wcześniejszych postępowaniach nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Mimo powyższego Inko Consulting Sp. z o.o. wielokrotnie w latach 2020 i 2021 r. oświadczała „NIE" w odpowiedzi na ostatnie pytanie w części C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

1. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Zielonej Górze na usługę nadzoru nad „Zaprojektowaniem i budową obwodnicy Strzelec Krajeńskich w ciągu drogi krajowej nr

22",

2. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Warszawie na usługę nadzoru nad „Projektem i budową obwodnicy Pułtuska w ciągu drogi krajowej nr 61",

3. postępowanie prowadzone przez Województwo Śląskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach na usługę nadzoru nad „Przebudową drogi wojewódzkiej nr 948 do DK 52 do

drogi wojewódzkiej nr 946, część I - odcinek A,B,C od km 17+651 do km 30+520, Część II - odcinek D,E od km 30-520 do km 35+013",

4. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Rzeszowie na usługę nadzoru nad „Zaprojektowaniem i budową drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Iskrzynia do węzła Dukla z podziałem na dwie części: Część A - zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Iskrzynia do węzła Miejsce Piastowe, dł. ok. 10,3 km, Część B -

zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Miejsce Piastowe do węzła Dukla dł. ok. 10,1 km”,

5. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Kielcach na usługę nadzoru nad „Projektowaniem i realizacją robót pn. Budowa odcinka drogi krajowej nr 74 łączącego DK 9

i DK74”,

6. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Krakowie na usługę nadzoru i zarządzania nad „Budową obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28”,

7. postępowanie prowadzone przez Oddział GDDKiA w Krakowie na usługę nadzoru i zarządzania nad „Projektem i budową drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów w. Lubartów Północ” z podziałem na dwie części.

We wszystkich tych postępowaniach oświadczenie Inko Consulting Sp. z o.o. było składane świadomie i z bezpośrednim zamiarem pozyskania zamówień publicznych. Waga tych oświadczeń, zważywszy, że we wszystkich tych postępowaniach, zamawiający, stosownie do art. 109 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdecydowali uczynić popełnienie takiego czynu przesłanką do wykluczenia wykonawcy - decydowała bezpośrednio o tym, czy Inko Consulting Sp. z o.o. udzielone zostanie dane zamówienie. Składane oświadczenia miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiających. W przypadku inwestycji dotyczącej projektu i budowy obwodnicy Pułtuska w ciągu drogi krajowej nr 61 oferta Inko Consulting Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza, a wykonawcy temu udzielono zamówienia.

Zatem zarówno złożenie przez Inko Consulting Sp. z o.o. ww. siedmiu oświadczeń, jak i złożenie w niniejszym postępowaniu odpowiedzi negatywnej na ostatnie pytanie części C JEDZ, stanowią czyny, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, a co najmniej pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie przesądzając stopnia winy Konsorcjum Inko wskazać należy, iż 28 lutego 2022 r. Inko Consulting Sp. z o.o. złożyła Zamawiającemu oświadczenie, w którym powtarza nieprawdziwe oświadczenie złożone w JEDZ-u, ze wskazaniem wprost, iż nie zachodzi wobec tego podmiotu przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyklucza to przyjęcie, iż przedstawiciele Inko Consulting Sp. z o.o. działali w warunkach winy nieumyślnej, gdyż, przykładowo, niewłaściwie zinterpretowali treść ostatniego pytania części C JEDZ.

Mimo powyższego Zamawiający 16 maja 2022 r., zaniechawszy wykluczenia Konsorcjum Inko z postępowania, dokonał wyboru oferty tych wykonawców jako najkorzystniejszej. Czynność ta zatem narusza art. 239 i nast. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zapewne przyczyną naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów była, dokonane przez Konsorcjum Inko, pismem datowanym na 8 kwietnia 2022 r. próba (nieskuteczna) udowodnienia Zamawiającemu, iż wykonawcy ci spełnili łącznie przesłanki wskazane w punktach 1-3 ust. 2 art. 110 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem, że dokonali tzw. self-clearingu. Jednak zarówno treść wyjaśnień Konsorcjum Inko zawarta w piśmie z 8 kwietnia 2022 r., jak i kontekst, w którym owe wyjaśnienia zostały przedłożone Zamawiającemu, dyskwalifikują tę czynność jako spełniającą warunki skutecznego self-clearingu. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: a) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; b) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; c) podjął konkretne środki

techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym

przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Analiza treści oświadczenia Konsorcjum Inko z 8 kwietnia 2022 r. i załączonych do niego dokumentów w sposób oczywisty wskazuje, iż wykonawca ten nie tylko nie udowodnił, ale nawet w żadnym stopniu nie uprawdopodobnił skutecznego dokonania czynności wskazanych wyżej w lit. b oraz c. Treść oświadczenia ukazuje, że wykonanie czynności określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało charakter pozorny, nierzeczywisty, nakierowany jedynie na uniknięcie wykluczenia z postępowania, bez zamiaru nie tylko wyjaśnienia przyczyn popełniania czynów, ale nawet przytoczenia okoliczności ich popełnienia, bez woli dokonania rzeczywistych zmian mających wykluczyć lub znacząco zminimalizować w przyszłości ryzyko wprowadzenia zamawiających w błąd poprzez

przekazywanie im nieprawdziwych informacji lub zatajanie niewygodnych faktów. Brak jest przytoczenia czynów naruszających prawo oraz brak otwartego i bezwarunkowego przyznania się do ich popełnienia. Konsorcjum Inko w wyjaśnieniach nie odnosi się do tego zdarzenia; można zatem jedynie z kontekstu pisma wnioskować, iż przedmiotem self-cleaningu jest dokonane 25 listopada 2021 r. wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez przedłożenie mu nieprawdziwych informacji co do braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum Inko w odpowiedzi na ostatnie pytanie zawarte w części C JEDZ. Tymczasem czynów takich Konsorcjum Inko dopuściło się w okresie od grudnia 2020 r. do lutego 2022 r. co najmniej ośmiokrotnie (czyny wymienione powyżej oraz złożenie Zamawiającemu 28 lutego 2022 r. oświadczenia, iż wobec Konsorcjum Inko nie zachodzi żadna przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Prawo zamówień publicznych). Warunkiem do uznania czynności wykonawcy za spełniające warunki z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest świadomość i wiedza, iż naruszył on wcześniej jakiś przepis ustawy, jak również jego otwarte przyznanie, że dopuścił się któregokolwiek z czynów stanowiących przesłankę do wykluczenia z postępowania. Żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Nie budzi wątpliwości, że brak przytoczenia przez

Konsorcjum Inko nie tylko szczegółów czynu z 25 listopada 2022 r., ale faktu popełnienia pozostałych, uniemożliwia uznanie czynności self-cleaningu za skuteczną.

Konsorcjum Inko nie wyjaśniło też faktów i okoliczności związanych ze złożeniem nieprawdziwego oświadczenia 25 listopada 2022 r. W piśmie z 8 kwietnia 2022 r., oprócz kilku „ogólników", znajdują się tezy, które nie przystają do rzeczywistości. Treść tego pisma wydaje się zaprzeczeniem idei samooczyszczenia i funkcji, jaką ta instytucja ma pełnić w obrocie. Konsorcjum Inko przekonuje Zamawiającego, iż wydanie wyroku KIO 1320/20 uszło uwadze przedstawicieli Inko Consulting Sp. z o.o. Tłumaczenie to jest o tyle niewiarygodne, iż Inko Consulting Sp. z o.o. brała czynnie udział w tym postępowaniu oraz w rozprawie przed KIO w charakterze przystępującego, korzystała też i korzysta z profesjonalnej obsługi prawnej. Spółka pozyskuje zlecenia w większości na rynku zamówień publicznych, zatem można zakładać, że zatrudnia (a przynajmniej powinna) wykwalifikowany personel, biegły w kwestii zamówień publicznych. Jak wynika z odpisu z rejestru przedsiębiorców co najmniej od 29 maja 2020 r. skład zarządu tej spółki nie uległ zmianie i w jego skład wchodzą te same dwie osoby oraz działa ten sam prokurent. W tym stanie tłumaczenie, iż personel przygotowujący ofertę nie posiadał wiedzy o wyroku KIO ani o wykładni prawa odnośnie ewentualnej konieczności opisania przedmiotowego wyroku w JEDZ, są niewiarygodne. Tłumaczenia te brzmią mało przekonująco: bliżej nieokreślona osoba z racji nieobecności spowodowanej ciążą nie przekazała przez prawie półtora roku kluczowych dla spółki informacji innym bliżej nieokreślonym osobom, co w warunkach pandemii COVID-2 jest siłą wyższą i nie stanowi żadnej formy niedbalstwa. Jeżeli nawet zaistniała okoliczność, iż pracownik spółki zajmujący się przygotowaniem dokumentacji ofertowej nie został poinformowany przez swoich przełożonych o wyroku KIO 1320/20 i o jego prawnych skutkach, to stanowi to okoliczność irrelewantną z punktu widzenia odpowiedzialności spółki jako całości. To na zarządzie spółki spoczywa odpowiedzialność zapewnienia, żeby pracownicy spółki posiadali tak elementarną wiedzę o jej funkcjonowaniu, zaś spółka jako całość zachowała należyty miernik staranności właściwy podmiotom stale i zawodowo prowadzącym działalność gospodarczą na rynku zamówień publicznych. Stąd tego typu „wyjaśnienia" jak te zawarte w piśmie z 8 kwietnia 2022 r. mają charakter pozorny, instrumentalny, a Zamawiający powinien uznać je za niewystarczające w kontekście art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto samooczyszczenie nie powinno w ogóle być dopuszczalne w postępowaniu, w którym wykonawca naruszył już przepisy prawa. Wypaczałoby to cel i sens przedmiotowej instytucji.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że w postanowieniu 18.1 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający zobowiązał wykonawców do wniesienia wadium w wysokości 45.000 zł jednocześnie wskazując, że musi ono obejmować cały okres związania ofertą, a w sytuacji, gdy jest wnoszone w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej,

musi posiadać w całym okresie związania ofertą „taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu" (postanowienie 18.3 specyfikacji warunków zamówienia). Zamawiający wyznaczył termin związania wykonawców ofertą na 23 lutego 2022 r.

Konsorcjum Inko wniosło wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez ING Bank Śląski S.A., w którym gwarant wskazał, iż „gwarancja obowiązuje do 22-02-23, co oznacza, iż Państwa żądanie musi wpłynąć do Banku w lub przed tym dniem". Jednocześnie gwarant wyraźnie zaznaczył, iż jego odpowiedzialność „wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowo w terminie ważności niniejszej gwarancji lub upływu terminu ważności gwarancji". Jednocześnie gwarant

zastrzegł, iż żądanie zapłaty dla swej skuteczności musi zostać złożone w formie pisemnej bądź elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym i spełniać wymogi identyfikacyjne co do tożsamości osób sygnujących żądanie.

Konsorcjum Inko wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, nie zabezpieczający całego okresu związania ofertą, co powinno skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego jego oferty, stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aktualna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wykłada zależność między okresem związania ofertą a okresem odpowiedzialności gwaranta w sposób funkcjonalny, mając na uwadze fundamentalne założenie, iż w okresie związania ofertą wadium wniesione w formie gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej musi dawać zamawiającemu nie gorsze uwarunkowania zaspokojenia się niż wadium w postaci pieniężnej, przy zachowaniu pewnych różnic co do charakteru czynności zmierzających do zaspokojenia się z wadium, które są naturalną konsekwencją udziału gwaranta. Jednak te czynności o charakterze technicznym, obejmujące kierowane do gwaranta żądania wypłaty oraz towarzyszące mu okoliczności, nie mogą nawet w najmniejszym stopniu i co do żadnego wycinka okresu związania ofertą, ograniczać uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia się z wadium. Aspekt ten dobitnie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2486/20: „Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione". Rozważania KIO w tym wyroku odnoszą się do okresu przypadającego pod koniec okresu związania ofertą. Izba rozważała, czy obie formy wadium (pieniądz i gwarancja) zachowują taką samą „płynność" do samego końca okresu związania ofertą. W szczególności Izba dogłębnie przeanalizowała przypadek, w którym przesłanka do zatrzymania wadium wystąpiła w ostatnim dniu obowiązywania gwarancji. KIO orzekła, iż w sytuacji - tożsamej z występującą w niniejszej sprawie - gdy gwarant zastrzegł, że dla zachowania swojej odpowiedzialności wszelkie roszczenia musiałby fizycznie otrzymać w okresie jego odpowiedzialności, zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji, a wadium wniesione w postaci gwarancji, która nakłada na zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania, w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji odpowiadał terminowi związania ofertą). Wadium winno zabezpieczać interes zamawiającego przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione, zatem również ostatniego dnia czy ostatnich godzin ważności gwarancji wadialnej. Zawarte w tym orzeczeniu tezy zostały w całości zaaprobowane przez Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku V Ga 328/20.

Kwestia ta ma istotny wymiar praktyczny, bowiem z przyczyn organizacyjnych, w szczególności ze względu na zakończenie pracy pracowników zamawiającego oraz banku/ubezpieczyciela w godzinach popołudniowych, nie będzie w stanie złożyć pisemnego oświadczenia w taki sposób, iż dotrze ono fizycznie jeszcze w tym samym dniu do gwaranta, a przy tym spełni ono wymagania gwaranta co do uwierzytelnienia składających je osób. Pogląd taki podzielono również w innych orzeczeniach.

Z tego względu wadium wniesione przez Konsorcjum Inko z perspektywy chwili złożenia oferty było wadliwe, bowiem nie zabezpieczało w pełni Zamawiającego, w przypadku gdyby ten zmuszony był zaspokoić się z gwarancji na skutek powzięcia informacji o zdarzeniu określonym w art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w ostatnim dniu związania ofertą. Z tego względu obowiązkiem Zamawiającego, którego bezzasadnie zaniechał, było odrzucenie oferty Konsorcjum Inko w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kluczowa w tej kwestii jest perspektywa momentu składania oferty, bowiem to ona wyznacza, czy wadium zostało wniesione prawidłowo. Również z tego punktu widzenia analizować należy, czy wadium zabezpieczało nieprzerwanie cały okres związania ofertą.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł także przesłanki fakultatywne wykluczenia z postępowania wymienione w art. 109 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca,

który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu mógł jednak poddać się procedurze samooczyszczenia, jeżeli podjął działania sanacyjne oraz naprawcze oraz wykazał Zamawiającemu, że naprawił lub zobowiązał się do naprawiania szkody, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem, podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania w przyszłości dalszym nieprawidłowościom.

Konsorcjum Inko, w dziale III JEDZ „Podstawy wykluczenia", część C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", na pytanie „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?" udzielili odpowiedzi „Nie". Konsorcjum Inko w toku postępowania, 8 kwietnia 2022 r., złożył z własnej inicjatywy poprawiony JEDZ, w treści którego na wyżej opisane pytanie dotyczące fakultatywnych podstaw wykluczenia udzielili odpowiedzi „Tak". Wraz ze zmienionym dokumentem JEDZ złożyli oświadczenie, w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poddając się procedurze self-cleaningu, którą Zamawiający uznał za skuteczną.

Istota sporu w pierwszej kolejności sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na usługę nadzoru nad zaprojektowaniem i budową linii kolejowej C-E 65 Chorzów Batory - Nakło Śląskie, nastąpiło na okres 2 lat, zgodnie z art 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Zamawiającego tak nie jest, a argumentacja Odwołującego sprowadza się do konieczności nałożenia na wykonawców sankcji, która nie obowiązywała w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Taka wykładnia przepisów prowadziłaby do naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz. W myśl tej zasady niedopuszczalne jest stosowanie do określonych deliktów sankcji nieobowiązujących w dacie ich popełnienia, podczas gdy wykonawca, który w poprzednim stanie prawnym dopuścił się takiego działania nie może ponosić skutków, które nie były mu wówczas znane, a które zostały wprowadzone do ustawy w późniejszym czasie. Zatem skutki wykluczenia z postępowań prowadzonych w 2020 r. nie odnoszą się do przyszłych postępowań. Stanowisko to jest zgodne z wykładnią przeprowadzoną również w wyroku KIO 1248/21 z dnia 1 czerwca 2021 r. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie przewidywały w odniesieniu do podstaw wykluczenia wskazanych w art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. okresu , w jakim wykonawca podlega wykluczeniu. Wynika to wprost z art 24 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., który, statuując okres karencji wykonawcy w odniesieniu do wykluczenia na podstawie poszczególnych punktów art. 24 ust. 1, pomija pkt 16 i 17. W związku z tym uznać należy, że wprowadzenie w błąd zamawiającego może nastąpić tylko na skutek oświadczenia złożonego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu prowadzonym wcześniej. Przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako normy o charakterze sankcyjnym, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzone na stany faktyczne, których norma nie wymienia. Istotnie przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, mają na celu ochronę zamawiającego przed udzieleniem zamówienia wykonawcy nierzetelnemu. Jednak te względy celowościowe nie mogą skutkować wykluczeniem, dla którego ustawa nie przewiduje podstawy prawnej.

Obecnie obowiązująca ustawa weszła w życie 1 stycznia 2021 r. i dopiero od tej daty zaistnienie zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia z art 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., mogłoby odnieść swój skutek również na przyszłość w myśl art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro zatem poprzednio obowiązująca ustawa nie przewidywała sankcji wykluczenia na przyszłość, a jedynie skutki celowego wprowadzenia w błąd dotyczyły konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to Konsorcjum Inko w niniejszym postępowaniu złożyło oświadczenie na podstawie art. 125 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie zgodne z prawdą, tj. iż nie podlega wykluczeniu. Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku KIO 3315/21.

Bez znaczenia pozostają powołane w odwołaniu okoliczności wielokrotnego składania oświadczeń, gdyż wprowadzenie w błąd zamawiającego może nastąpić tylko skutkiem

oświadczenia złożonego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu prowadzonym wcześniej. Dodatkowo we wszystkich wskazanych przez Odwołującego postępowaniach oświadczenia takie składane były pod rządami ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., która nie przewidywała sankcji wykluczenia z postępowania na okres 2 lat.

Art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wcześniejsze wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Gdyby wolą ustawodawcy było odniesienie również do wykluczeń na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., znalazłoby to odzwierciedlenie w przepisach ustawy. Sankcje wykluczenia należy rozpatrywać opierając się na zasadach prawa karnego, gdyż stanowią swoistego rodzaju karę za niewłaściwe postępowanie. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że sankcja wykluczenia może obejmować zdarzenia występujące przed wprowadzeniem takiej sankcji, stosując analogię do zasady „nie ma przestępstwa bez ustawy" i „prawo nie działa wstecz". Skoro zatem wykonawcy nie mieli wiedzy, że z powodu „nieprawdziwych" informacji mogą zostać wykluczeni także z przyszłych postępowań, to pomimo że takie działanie, jak najbardziej naganne, nie może być dodatkowo sankcjonowane wykluczeniem z kolejnych postępowań. Dodatkowo w odniesieniu do dawnego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. zasadniczo zmienił się opis sankcjonowanego postępowania w porównaniu do obecnego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że tym samym przepisem nie mogą być objęte różne zdarzenia. Informacje, co do których wypowiadają się wykonawcy w złożonym formularzu JEDZ, dotyczą prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest oświadczenie. Odwołujący tymczasem w swojej argumentacji odnosi się do zupełnie innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i stara się wykazać, że uprzednio podejmowane decyzje w innym postępowaniu mają znaczenie dla obecnie prowadzonej procedury zamówieniowej. Próba wykładni obowiązków składania oświadczeń i idących za tym konsekwencji nie mieści się w obowiązującej regulacji prawnej. Zdaniem Zamawiającego przyjęcie takiego sposobu rozumowania wprowadziłoby dotychczas nieznaną, bo odnoszącą się do innych postępowań, podstawę ewentualnego wykluczania wykonawcy w prowadzonym obecnie przez danego Zamawiającego postępowaniu.

Nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest okoliczność, iż w toku postępowania Konsorcjum Inko - w związku z powzięciem informacji, iż personel przygotowujący ofertę w niniejszym postępowaniu nie posiadał wiedzy o wyroku KIO 1320/20 oraz o wykładni prawa odnośnie ewentualnej konieczności opisania przedmiotowego wyroku w JEDZ, pomimo że zapadł on jeszcze przed wejściem w życie nowego Prawa zamówień

publicznych, pismem z 8 kwietnia 2022 r., dobrowolnie skorzystali z procedury

samooczyszczenia, zwracając się do Zamawiającego w celu przedstawienia stanu faktycznego. Wraz z samooczyszczeniem jednocześnie skorygowali nieprawidłowo wypełniony dokument JEDZ w części C.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż procedura samooczyszczenia była nieskuteczna, miała charakter pozorny, nierzeczywisty, nakierowany jedynie na uniknięcie wykluczenia z postępowania. Wykonawcy udowodnili spełnienie przesłanek objętych dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przyznając się do ich popełnienia, wprost wskazując na szczegółowy opis popełnionego czynu zawarty w uzasadnieniu wyroku KIO 1320/20. Trudno więc wymagać bardziej solennej formy przyznania się do zarzucanych im czynów aniżeli przywołanie zapadłego wobec nich wyroku, uznając go przez to za słuszny i prawidłowy. Z treści złożonego oświadczenia nie można wywnioskować, aby przywołanym ustaleniom faktycznym zawartym w wyroku Izby zaprzeczali, prowadzili z nimi polemikę lub próbowali wykazać, iż pomimo treści orzeczenia nie ponoszą za nie winy.

Nie polegają na prawdzie również twierdzenia Odwołującego, jakoby wykonawcy w treści pisma z 8 kwietnia 2022 r. nie wyjaśnili faktów i okoliczności związanych ze złożeniem nieprawdziwego oświadczenia 25 listopada 2022 r. Wykonawcy wyjaśnili, iż „poprzedni pracownicy działu ofertowania, nie przekazali aktualnym pracownikom działu ofertowania informacji o treści wyroku KIO 1320/20. Powyższe zostało wywołane okolicznościami zdrowotnymi (ciąża pracownicy i jej długotrwała nieobecność), a także w istotnym zakresie przymusową zmianą organizacji biura w związku z wybuchem pandemii COVID-19". W tego typu wyjaśnieniach nie należy się spodziewać, aby osoby winne zaniedbań były wskazywane z podaniem ich danych personalnych. Stąd też ogólne określenie faktów i zdarzeń, z pominięciem danych personalnych, stanowi wystarczające wyjaśnienie z uwagi na cel, któremu ma służyć.

Wykonawcy, dokonując self-cleaningu, wykazali przy tym, że podjęli konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie do zapobiegania dalszemu

nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, o których mowa w art 110 ust. pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności wdrożyli odpowiednie procedury wewnętrznego kontrolingu, zreorganizowali personel ponoszący odpowiedzialność w związku z uchybieniami służbowymi związanymi z czynnościami opisanymi w wyroku KIO 1320/20; wprowadzili też centralną bazę orzeczeń KIO oraz sądów zapadłych w odniesieniu do spółek w ciągu ostatnich 3 lat, z którą przed złożeniem każdej oferty będą zobowiązani zapoznać się wszyscy pracownicy działu ofertowania pod kątem oceny ewentualnego wpływu takich orzeczeń na treść oferty. Nadto przeprowadzili kompleksowe szkolenie pracowników działu ofertowania w zakresie stosowania przepisów nowego Prawa zamówień publicznych, a w szczególności wykładni przesłanek wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne. Wszystkie wyżej opisane działania wskazują, że wykonawcy wdrożyli procedury na przyszłość, które mają zapewnić rzetelność oraz zapobieganie występowaniu podobnych nieprawidłowości w przyszłości. Mając na względzie te okoliczności uznać należy, że udowodnili Zamawiającemu, że spełniają przesłanki z art 110 ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, a zatem dokonali skutecznego samooczyszczenia W konsekwencji wybór oferty Konsorcjum Inko jako najkorzystniejszej był prawidłowy.

Co do zarzutu dotyczącego wadium Zamawiający wskazał, że wymagania w tym zakresie zostały określone w punkcie II.2.14 ogłoszenia o zamówieniu, oraz w rozdziale 18. specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem 18 pkt 1 i 3 specyfikacji warunków zamówienia wykonawca był zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 45.000 złotych, a wadium wnoszone w formie gwarancji musiało obejmować cały okres związania ofertą. Zgodnie zaś z rozdziałem 20 pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia (po modyfikacji pismem z 18 listopada 2021 r.) wykonawcy byli związani ofertą od dnia terminu składania ofert (26 listopada 2021 r.) do 23 lutego 2022 r. (termin związania ofertą).

Konsorcjum Inko wniosło wymagane wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez ING Bank Śląski S.A. z 24 listopada 2021 r. Złożona gwarancja wadialna spełniała ww. warunek, gdyż była ona wystawiona od 26 listopada 2021 r. do 23 lutego 2022 r. Tak wystawiona gwarancja wadialna była więc prawidłowa, gdyż, zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wiąże ona do ostatniego dnia terminu związania ofertą i w tym dniu może być uruchomiona.

W treści gwarancji gwarant zastrzegł, że żądanie zapłaty sumy gwarantowanej musi być złożone, w formie pisemnej lub elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, z tym zastrzeżeniem, że podpisane elektronicznie dokumenty mogły być przesłane „zwykłym" mailem. Taki sposób dostarczenia żądania zapłaty sumy gwarantowanej (jeden z kilku dopuszczalnych) pozwalał na skorzystanie z gwarancji w sposób równorzędny z zabezpieczeniem w gotówce, gdyż pozwalał Zamawiającemu na przygotowanie wszelkich dokumentów „zawczasu", a na wypadek odmowy zawarcia przez wykonawców umowy, możliwe było wysłanie wezwania drogą elektroniczną nawet w ostatniej minucie ostatniego dnia związania gwarancją (i ofertą). W takim stanie rzeczy nie może być mowy o jakichkolwiek warunkach ograniczających uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z gwarancji wadialnej nawet do ostatniej chwili jej obowiązywania.

Zmawiający, pismem z 17 lutego 2022 r., zwrócił się do Konsorcjum Inko o wyrażenie zgody na wydłużenie terminów związania ofertą do 24 kwietnia 2022 r. 21 lutego 2022 r. taką zgodę uzyskał wraz z aneksem do gwarancji wadialnej przedłużającym jej termin do 24 kwietnia 2022 r. W związku z przedłużającym się terminem rozstrzygnięcia postępowania Konsorcjum Inko z własnej inicjatywy, pismem z 21 kwietnia 2022 r. przedłużyło termin związania ofertą do 23 czerwca 2022 r. wraz z przedłużeniem gwarancji wadialnej do 23 czerwca 2022 r. Pismem z 12 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Inko do złożenia oświadczenia, czy wyrażają zgodę na wybór złożonej przez nich oferty. W odpowiedzi wykonawca wyraził taką zgodę, zatem Zamawiający 16 maja 2022 r. dokonał wyboru tej oferty.

Z uwagi na dopuszczenie w treści gwarancji wadialnej elektronicznej formy wezwania do zapłaty sumy gwarantowanej w formie „zwykłego" maila z załączonymi do niego oświadczeniami i dokumentami podpisanymi elektronicznie, nie stanowi to wymogu tamującego ani utrudniającego korzystanie z gwarancji wadialnej nawet w ostatnich minutach jej obowiązywania. Dodatkowo przepis art. 97 ustawy Prawo zamówień publicznych ani postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie nakładają na wykonawców obowiązku złożenia wadium na dłuższy termin niż termin związania oferta, a tym bardziej nie różnicują w tym zakresie wadiów gotówkowych z wadiami wnoszonymi w innych dopuszczalnych formach.

Zamawiający przywołał stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zawarte w orzeczeniu C-35/17, zgodnie z którym, jeżeli w ustawodawstwie oraz specyfikacji warunków zamówienia brak było konkretnych uregulowań, natomiast w orzecznictwie istniały

dwa odmienne poglądy (w tym przypadku akurat co do skutku upływu terminu związania ofertą dla dalszych losów oferty), to pierwszeństwo ma bezpieczeństwo sytuacji wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego złożenie gwarancji bankowej na zabezpieczenie wadium ważnej do ostatniego dnia związania ofertą nie sprzeciwia się poglądom KIO ani sądu w przywołanych w odwołaniu wyrokach. Zgodnie z treścią udzielonej gwarancji Zamawiający miał realną możliwość złożenia do ostatnich minut terminu związania ofertą żądania wypłaty wadium zabezpieczonego gwarancją, więc gwarancja zapewnia mu płynność korzystania z niej na równi z wpłaconą w pieniądzu.

Wnioski, jakie wyciąga Odwołujący z prawidłowych poglądów KIO, są nie do zaakceptowania. KIO słusznie zauważyło, że w przypadku, gdy dla ważności żądania wypłaty sumy gwarantowanej konieczne będzie doręczenie oryginałów dokumentów, to w istocie w ostatnich minutach terminu związania gwarancją będzie to niemożliwe, więc faktyczny termin realnego skorzystania z takiej gwarancji będzie krótszy niż termin związania ofertą. Zgodnie z poglądami Izby treść gwarancji określa stosunek zobowiązania pomiędzy stronami i to on w konkretnym stanie faktycznym decyduje o uznaniu wadium za prawidłowo wniesione lub nie.

Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazuje wykonawcom składania wadium w postaci gwarancji z innym terminem obowiązywania niż termin związania ofertą. Gdyby ustawodawca miał na celu zróżnicowanie terminów udzielenia wadiów w zależności od formy jego wniesienia, to z pewnością by tak postąpił. Tymczasem, zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium (co do zasady) wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Skoro ustawodawca ściśle wskazał termin związania wadium, a dopuścił różne formy jej wniesienia, nie zastrzegając dla każdej z tych form terminu odrębnego, to należy uznać, że termin związania wadium jest jeden i nie zależy on od formy wadium, jaką wybrał

wykonawca. W takim stanie prawnym nieuprawnionym staje się nakładanie na wykonawców

i zamawiających większych rygorów niż czyni to ustawodawca.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MP Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wnosi odwołania od zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również nie żąda nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty czy wykluczenia Przystępującego z postępowania. Taka konstrukcja petitum odwołania sprawia, że zarzuty skonstruowane są wadliwie wobec treści uzasadnienia, co wyłącza także istnienie interesu prawnego po stronie Odwołującego. Całość uzasadnienia dotyczy kwestii rzekomych (realnie nieistniejących) podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego czy jego wykluczenia, gdy tymczasem ewentualne zaniechania Zamawiającego w tym przedmiocie w ogóle nie są przedmiotem zaskarżenia, jak również usunięcie tych „zaniechać" nie jest objęte żądaniem. Także zarzucone Zamawiającemu rzekome naruszenie „art. 239 i n." ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należy za wadliwą i nieprecyzyjną konstrukcję zarzutu. Odwołujący w ogóle nie zarzuca naruszenia art. 111 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego miałaby wynikać argumentowana przez Odwołującego potrzeba ujawnienia w JEDZ okoliczności dotyczących rzekomych podstaw wykluczenia, czy też „obowiązywanie" tych podstaw. W takiej sytuacji już sama konstrukcja odwołania przemawia za jego oddaleniem.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania Przystępujący przywołał poglądy zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO 866/22. Nie było możliwe wykluczenie Przystępującego z postępowania, gdyż powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie odnoszą się do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., której to przepisy obowiązują tylko w takim zakresie, jak zostało to przewidziane w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020). Przyjęcie stanowiska błędnie prezentowanego przez Odwołującego w przedmiocie skutków wyroku KIO 1320/20 powodowałoby wprowadzenie możliwości dowolnego wstecznego nakładania na wykonawców daleko idących sankcji (a zatem wykonawca nie miałby możliwości właściwego uwzględnienia takiej sankcji w swoim procesie decyzyjnym np. co do wniesienia skargi, co zresztą jak zauważyła Izba w wyroku KIO 866/22, było skomplikowane w ramach postępowania KIO 1320/20 także dalszą pozycją wykonawcy w postępowaniu). W państwie prawnym i w skomplikowanej sytuacji gospodarczej nie jest uzasadnionym i zgodnym z fundamentalnymi zasadami wprowadzanie skrajnie dolegliwych „wstecznych" sankcji, prowadzących do wypaczenia normalnych

mechanizmów rynkowych.

Koncepcja zarzutu Odwołującego ma charakter sztuczny i abstrahuje od podstawowych zasad wykładni wykluczających wsteczne stosowanie tak daleko idących sankcji oraz konieczność ścisłego wykładania przepisów w rodzaju art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca, który w poprzednim stanie prawnym dopuścił się takiego działania, nie może ponosić skutków, które nie były mu wówczas znane, a które zostały wprowadzone do ustawy w późniejszym czasie. Przystępujący powołał w tym zakresie argumentację analogiczną jak Zamawiający.

Wobec powyższego zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Odnosząc się do zarzutu 2. Przystępujący wskazał, że pomija on treść art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust 2.

W niniejszej sprawie wadium wniesione przez Przystępującego spełniało wymóg określony w art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem nie mogło naruszać art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, że do okresu ważności wadium należy doliczyć kolejne dni, na zabezpieczenie wykonania czynności przez zamawiającego. Wadium ma bowiem zostać ustanowione w celu zabezpieczenia okresu związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego tak, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w jakim wykonawca związany jest jej treścią.

Podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do okresu ważności wadium może być wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Nie ma tutaj miejsca ani podstawy prawnej dla rozróżnienia formalnego okresu ważności wadium i „faktycznego" terminu, dłuższego niż okres związania ofertą, dającego „możliwość zatrzymania wadium" przez zamawiającego. Za zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych należy zatem uznać wadium, którego okres obowiązywania zabezpiecza okres związania ofertą.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Przystępujący co prawda w swoim stanowisku napomknął o braku interesu prawnego Odwołującego, ale nie rozwinął szerzej swojego twierdzenia podając konkretnych przyczyn

owego stwierdzenia.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego i złożonej przez niego gwarancji wadialnej oraz treść pisma z 8 kwietnia 2022 r. nie jest sporny między Stronami i Przystępującym i odpowiada przedstawionemu w pismach procesowych oraz podczas

rozprawy.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism wraz z załączonymi dokumentami oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Konsorcjum Inko jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Inko, mimo że Konsorcjum Inko, w wyniku co najmniej niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, a przy tym nie dokonało skutecznie czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 239 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Konsorcjum Inko jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo iż Konsorcjum Inko wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, jak również nie utrzymywało wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 240 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. 2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na

podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Art. 241. 1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. 2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy (...).

Art. 242. 1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. 2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do (.).

Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za

nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu ani podczas rozprawy, które to przepisy „następne" w stosunku do art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych naruszył Zamawiający i w jaki sposób. Przepisy te jednak, podobnie jak sam art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczą kryteriów oceny ofert, której to materii odwołanie w ogóle nie dotyczy. Tym samym, w świetle zarzutów odwołania, Zamawiający nie mógł naruszyć wskazanych przepisów „art. 239 i nast." ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu nr 1, w zakresie dotyczącym naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że - w zakresie rzeczowym niniejszej sprawy - przesłanki tych przepisów przedstawiają się następująco: zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który 1) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, 2) wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub zataił te informacje, 3) co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu lub który 1) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, 2) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, 3) co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Zatem w przypadku obu przepisów należy rozważyć w pierwszej kolejności, czy Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, alternatywnie: przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący w złożonym jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, w dziale III „Podstawy wykluczenia", część C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", na pytanie „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz: d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?" udzielili odpowiedzi „Nie". 28 lutego 2022 r. zaś Inko Consulting Sp. z o.o. złożyła Zamawiającemu oświadczenie, w którym wskazała m.in., że nie zachodzi wobec niej przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Następnie Przystępujący, z własnej inicjatywy, przedstawił pismo z 8 kwietnia 2022 r., mające stanowić self-cleaning, w którym przedstawił okoliczności odnoszące się do wyroku KIO 1320/20.

Jak wyjaśnili podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający, to pismo Przystępującego z 8 kwietnia 2022 r. było źródłem informacji o wydanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a tym samym ewentualnej podstawie wykluczenia Przystępującego z niniejszego postępowania przetargowego. Informacja ta dotarła do Zamawiającego przed podjęciem

przez niego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Tym samym - niezależnie od kwestii, czy Przystępujący w formularzu JEDZ powinien był zaznaczyć odpowiedź „tak", czy „nie" - nie można stwierdzić, że Przystępujący usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub zataić te informacje lub też przedstawił informacje wprowadzające go w błąd, ponieważ w chwili wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej Zamawiający dysponował wiedzą o wyroku KIO 1320/20 i okolicznościach tam opisanych, a wiedzę tę uzyskał od samego Przystępującego, dobrowolnie - nie zaś na skutek np. informacji od konkurującego wykonawcy, jak to się najczęściej zdarza. Prawdopodobne jest także, że gdyby nie pismo Przystępującego, Zamawiający ani wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w ogóle nie uzyskaliby tej wiedzy przed zawarciem umowy z Przystępującym.

Tym samym nawet jeśli Przystępujący pierwotnie nie zaznaczył w formularzu JEDZ

odpowiedzi „tak”, wobec jego późniejszych czynności w postępowaniu nie można wskazać, że wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub zataił te informacje lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, gdyż swoje pierwotne działania skorygował w odpowiednim czasie, przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji w zakresie podlegania przez wykonawców wykluczeniu, odrzuceniu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W piśmie z 8 kwietnia 2022 r. Przystępujący wskazał, że zwraca się do Zamawiającego w celu dobrowolnego przedstawienia następującego stanu faktycznego ze względu na to, że:

• powziął informację, iż personel przygotowujący ofertę nie posiadał wiedzy o wyroku KIO 1320/20 ani wykładni prawa odnośnie ewentualnej konieczności opisania przedmiotowego wyroku w JEDZ, pomimo że zapadł on jeszcze przed wejściem w życie nowego Prawa zamówień publicznych,

• stwierdzono, że poprzedni pracownicy działu ofertowania Inko Consulting Sp. z o. o. nie przekazali aktualnym pracownikom informacji o treści wyroku KIO 1320/20, co zostało wywołane okolicznościami zdrowotnymi (ciąża pracownicy i jej długotrwała nieobecność), a także w istotnym zakresie przymusową zmianą organizacji pracy biura w związku z wybuchem pandemii COVID-19 - powyższe spowodowane jest w ocenie wykonawcy siłą wyższą i nie stanowi żadnej formy niedbalstwa,

• Inko Consulting Sp. z o. o. niezwłocznie przeprowadzi kompleksowe szkolenie pracowników działu ofertowania w zakresie stosowania przepisów nowego Prawa zamówień publicznych i wykładni przesłanek wykluczenia przez wykwalifikowaną kancelarię prawną,

• Inko Consulting Sp. z o. o. oraz MP Consulting Sp. z o.o. wprowadziły centralną bazę orzeczeń KIO oraz sądów zapadłych w odniesieniu do spółki w ciągu ostatnich 3 lat, z którą przed złożeniem każdej oferty będą zobowiązani zapoznać się wszyscy pracownicy działu ofertowania pod kątem oceny ewentualnego wpływu takich orzeczeń na treść oferty,

• przedkłada poprawiony dokument JEDZ wraz z oświadczeniem w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wskazał, że w świetle wyroku KIO 1320/20 i okoliczności w nim stwierdzonych: 1) nie wystąpiła szkoda, 2) Inko Consulting Sp. z o. o. wyjaśniło okoliczności związane ze swoim postępowaniem, gdyż brało w szczególności udział w postępowaniu przed KIO jako przystępujący, a następnie nie wnosiło skargi od wyroku; wykonawca jednocześnie aktywnie współpracuje z Zamawiającym kierując niniejsze wystąpienie, 3) Wykonawca po powzięciu aktualnej wiedzy o wyroku KIO 1320/20 podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe poprzez wprowadzenie mocą uchwały Zarządu szczegółowej oraz kompleksowej procedury weryfikacyjnej, sprawozdawczości i kontroli odnośnie w szczególności weryfikacji doświadczenia osób, których wiedza/doświadczenie jest powoływane w postępowaniach przetargowych (uchwały zarządu w załączeniu), ponadto Inko Consulting Sp. z o. o. definitywnie zakończyło współpracę w ramach działu ofertowania z osobami, które dokonywały czynności opisanych w wyroku KIO 1320/20.

Zamawiający powyższe oświadczenia Przystępującego uznał za dostateczne z punktu widzenia instytucji samooczyszczenia opisanej w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Również Izba stwierdziła, że, w świetle niniejszej sprawy, opisane w piśmie z 8 kwietnia 2022 r. okoliczności i procedury są wystarczające.

Jak wynika z tego przepisu, wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody, 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze zdarzeniem, 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym tego typu zdarzeniom, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Oczywiście powyżej wskazane środki należy dostosować do danego stanu faktycznego. Inaczej bowiem self-cleaning będzie wyglądał w przypadku wystąpienia szkody i jej niewystąpienia, inaczej w przypadku przestępstw czy wykroczeń, inaczej w przypadku niewykonania umowy, a inaczej, gdy dane zdarzenie wynika z faktu, że pracownicy wykonawcy po prostu czegoś „nie wiedzieli”, „zapomnieli”, „pomylili się” itd.

Odwołujący uznał oświadczenie Przystępującego za niewiarygodne i niewystarczające, jeśli

chodzi o obszerność opisu, jednak - oprócz ogólnego stwierdzenia, że oczywiście mogłoby być ono szersze - trudno uznać, że zawiera ono braki, które je dyskwalifikują. W tym zakresie Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Przystępującego złożone w piśmie procesowym i podczas rozprawy. Przystępujący, jak podkreślał, nie zaprzeczał okolicznościom stwierdzonym w wyroku KIO 1320/20, jak i swojej winie, podjął również środki naprawcze, aby takie zdarzenia się nie powtarzały. Sam fakt, że nie wiedział, że powinien takie oświadczenie złożyć, ewentualnie zapomniał je złożyć, nie jest równoznaczny takiemu zaprzeczeniu.

Izba nie widzi również wskazywanej przez Odwołującego potrzeby wskazania personaliów pracownicy, czy pracowników, o których mowa w piśmie, a którzy zawinili w tej sprawie - co zdaniem Odwołującego uwiarygadniałoby wyjaśnienia - gdyż stwierdzenie, że zawinił dany konkretny pracownik firmy lub inny konkretny pracownik firmy nie ma tu żadnego znaczenia

i niczego do sprawy nie wnosi.

Także kwestia szkody, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy szkody realnej, istniejącej, nie zaś takiej, która mogłaby potencjalnie wystąpić, gdyby nastąpiły dane okoliczności, tj., jak wskazywał Odwołujący, umowa z innym zamawiającym została unieważniona ze względu na nieprawidłowy wybór wykonawcy, w wyniku czego ten zamawiający musiałby zawrzeć inny, bardziej kosztowny kontrakt na dokończenie usługi. Na ile bowiem abstrakcyjna jest sama sytuacja, na tyle abstrakcyjna jest możliwość naprawienia owej abstrakcyjnej szkody.

Co zaś do kwestii, czy Przystępujący powinien był wskazać w formularzu JEDZ i późniejszym oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu sprawę, której dotyczył wyrok KIO 1320/22, Izba uznała, że nie. Należy zauważyć, że w art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że wykluczenie wykonawcy następuje: w przypadkach, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Tym samym przepis ten wyraźnie odwołuje się art. 109 obecnej ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie ogólnie do, na przykład, „przedstawienia nieprawdziwych informacji" czy „wprowadzenia w błąd", które mogłoby się odnosić do szerszego zakresu czynów.

Na temat tego zagadnienia Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szeroko przywołał orzecznictwo Izby, zatem nie ma potrzeby powielać znanych Stronom i Przystępującemu poglądów Izby. Niniejszym Izba podtrzymuje dotychczasową linię orzeczniczą.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut nr 1 podlega oddaleniu.

Izba uznała również, że zarzut nr 2 podlega oddaleniu. W odniesieniu do tego zarzutu Izba stwierdziła, że w rozdziale 18. specyfikacji warunków zamówienia „Wymagania dotyczące wadium" Zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące wnoszenia wadium w formie gwarancji:

18.1. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 45.000,00 PLN.

18.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy.

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać (...) W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Przystępujący przedłożył Zamawiającemu gwarancję bankową z 24 listopada 2021 r., wystawioną przez ING Bank Śląski S.A., z której wynika m.in., iż bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą kwotę do wysokości 45.000 PLN na pierwsze pisemne żądanie zapłaty stwierdzające, że: (...)

Żądanie zapłaty musi zostać doręczone do Banku w formie: a) papierowej na adres: (...) albo b) autoryzowanego komunikatu przekazanego przez bank prowadzący Państwa rachunek za pośrednictwem systemu SWIFT na adres INGBPLPW, albo c) dokumentu dołączonego do wiadomości e-mail wysłanej na adres opatrzonego

kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

Dla celów identyfikacyjnych: a) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie a) musi zawierać także potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek lub notarialne, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu. Jeżeli bankiem prowadzącym Państwa rachunek jest ING Bank Śląski S.A., w/w potwierdzenie podpisów nie będzie wymagane, jednakże żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, lub b) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie b) musi zawierać potwierdzenie banku prowadzącego Państwa rachunek, iż zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, wraz z potwierdzeniem tegoż banku, że jest on w posiadaniu oryginału Żądania zapłaty oraz że zawiadomienie przesłane przez ten bank za pośrednictwem systemu SWIFT dokładnie oddaje treść Żądania zapłaty, lub c) Żądanie zapłaty przekazane do Banku zgodnie z wymogami określonymi powyżej w punkcie c) musi być podpisane przez osoby uprawnione zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS lub zawierać dokument potwierdzający umocowanie osób podpisujących żądanie lub pełnomocnictwa opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi weryfikowanymi przy pomocy kwalifikowanych certyfikatów, zgodnie z warunkami określonymi ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej.

W przypadku dokonania wypłaty w ramach niniejszej gwarancji, kwota zobowiązania Banku zostanie automatycznie zmniejszona o wartość dokonanej wypłaty.

Gwarancja wchodzi w życie w dniu 2021-11-26. Gwarancja obowiązuje do 2022-02-23, co oznacza, iż Państwa żądanie musi wpłynąć do Banku w lub przed tym dniem. Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku: a) gdyby Państwa żądanie nie zostało doręczone Bankowi w terminie ważności niniejszej gwarancji, lub b) upływu terminu ważności gwarancji, lub c) zwolnienia Banku przez Państwa ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu jej ważności, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty, lub

d) gdy świadczenia Banku z tytułu gwarancji osiągną kwotę gwarancji, lub e) złożenia w Banku Państwa oświadczenia o zwolnieniu wadium, przesłanego w celach identyfikacyjnych w sposób określony w gwarancji dla składania żądania zapłaty.

Odwołujący zakwestionował datę obowiązywania gwarancji, tj. 23 lutego 2022 r., będącą jednocześnie ostatnim dniem pierwotnego terminu związania Przystępującego ofertą.

Jak wynika z art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, tj. przypadków, kiedy zamawiający zwraca wadium ze względu na upływ terminu związania ofertą, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia oraz wykonawcy: 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert; 2) którego oferta została odrzucona; 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Jak wynika więc z treści art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą") oraz punktu 18.3 specyfikacji warunków zamówienia („wadium takie musi obejmować cały okres związania ofertą") ani ustawodawca, ani Zamawiający nie zawarli żadnych innych regulacji dotyczących terminu obowiązywania gwarancji wadialnej niż jedynie wskazanie, że ma on obejmować cały okres związania ofertą. W gwarancji złożonej przez Przystępującego powyższy wymóg został spełniony.

Z kolei z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, na który wskazał Odwołujący jako podstawę odrzucenia oferty Przystępującego, wynika, że oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, aby Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Przystępującego, wykonawca ten musiałby wnieść wadium w sposób nieprawidłowy. Nieprawidłowość ta mogłaby polegać na niezgodności z przepisami prawa lub wymaganiami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia. Tymczasem i ustawodawca, i Zamawiający wskazali na termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą - zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń z gwarancji nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy wymaganiami ustawowymi, a tym samym nie może zostać uznana za nieprawidłową w świetle art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I jakkolwiek gwarancja przewidująca dłuższy okres zgłaszania roszczeń byłaby dla Zamawiającego „bezpieczniejsza" to, jak wynika z jego stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy, Zamawiający nie czuje potrzeby takiej szerszej ochrony uznając, iż termin zgłaszania roszczeń równy terminowi związania ofertą jest wystarczający dla zabezpieczenia jego interesów i jest w stanie w tym terminie swoje ewentualne roszczenie zgłosić. Należy więc założyć, że istniejące regulacje są dla Zamawiającego satysfakcjonujące, a tym samym trudno zarzucać wykonawcy wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, tj. nienależycie zabezpieczający interesy Zamawiającego, których nie zabezpieczył sam zainteresowany i których potrzeby lepszego zabezpieczenia nie odczuwa.

Przede wszystkim zaś nie można zarzucić nieprawidłowego postępowania wykonawcy, który postąpił zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Wynika to z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości postępowania, które wymagają, aby zamawiający wszystkie istotne dla siebie wymagania, które mają spełnić wykonawcy, opisał a priori w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, a następnie się tych wymagań trzymał.

W związku z powyższym Izba uznała, że wadium nie zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a tym samym oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.