Sygn. akt: KIO 2798/22, 2809/22

WYROK

z dnia 8 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Marek Bienias, Anna Chudzik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
- w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (KIO 2798/22)

- w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (KIO 2809/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ACE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2798/22 oraz KIO 2809/22

przy udziale wykonawcy ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2809/22

przy udziale wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2798/22

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2798/22 i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ANTEA

POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

2. Oddala odwołanie w sprawie KIO 2809/22.

3. Kosztami postępowania w sprawie KIO 2809/22 obciąża odwołującego MGGP S.A.

z siedzibą w Tarnowie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od odwołującego MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie na rzecz zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 2798/22, 2809/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla „Gazociągu DN1000 MOP 8,4 MPa relacji Wronów - Rozwadów - Strachocina" (zamówienie podzielone na 2 części), numer postępowania: ZP/2022/03/0036/TAR, Część nr 1: Opracowanie dokumentacji projektowej dla gazociągu DN1000 MOP 8,4 relacji Wronów - Rozwadów oraz Część nr 2: Opracowanie dokumentacji projektowej dla gazociągu DN1000 MOP 8,4 relacji Rozwadów-Strachocina", nr postępowania: ZP.26. 1.1.2021.TP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 marca 2022 r., za numerem 2022/S 055-145007.

KIO 2798/22

W dniu 24 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie

wobec:

1) dokonania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ACE jako najkorzystniejszej,

2) badania i oceny złożonych ofert,

3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

4) zaniechania wykluczenia wykonawcy ACE, pomimo że wykonawca ACE w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy

przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

5) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ACE, pomimo że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

6) wezwania wykonawcy ACE po raz drugi do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

7) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

8) zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ACE, pomimo że wykonawca ACE w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ACE, pomimo że została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez wezwanie wykonawcy ACE po raz drugi do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;

5. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ACE, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

6. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ACE, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty ACE jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3) odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

4) wykluczenie wykonawcy ACE z postępowania z przyczyn i na podstawie wskazanych w odwołaniu,

5) odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

6) odrzucenia oferty wykonawcy ACE jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

7) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

KIO 2809/22

W dniu 24 października 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp i wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 110 ust. 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że procedura samooczyszczenia dopuszczona tym przepisem została złożona przez Odwołującego po terminie przewidzianym na tę czynność, co oznacza, że okoliczności wskazane tym przepisem nie mogą znaleźć zastosowania do Odwołującego i stanowić podstawy do zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2. art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku dokonaniu oceny, czy procedura samooczyszczenia z dnia 18 lipca 2022 r. oraz z dnia 15 września 2022 r. podjęta przez Odwołującego była wystarczająca do wykazania jego rzetelności,

3. art. 126 ust. 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie na skutek braku wezwania

Odwołującego przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, w sytuacji gdy Zamawiający miał wiedzę w zakresie

okoliczności wskazujących na przyjęcie, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe

nie są już aktualne,

4. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez brak podania w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego uzasadnienia faktycznego i prawnego uwzględniającego całokształt okoliczności faktycznych mających miejsce w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim pominięcie okoliczności złożenia przez Odwołującego procedury samooczyszczenia w dniu 15 września 2022 r.,

5. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i bezprawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Odwołującego, mimo że w odniesieniu do Odwołującego winien znaleźć zastosowanie wyjątek przewidziany w art. 110 ust. 2 ustawy pzp,

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp z uwagi na powinność zastosowania art. 110 ust. 2 pzp, co oznacza, że wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z kolei decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 14 października 2022 r. polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniu jego oferty,

2). dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy wskazując zdarzenia jakie poprzedziły złożenie przez Odwołującego dokumentów podmiotowych w przedmiotowym postępowaniu (postępowanie nr 5):

Dnia 6 grudnia 2018 r. między Odwołującym a Zamawiającym zawarta została umowa nr 1000032164 z na opracowanie dokumentacji projektowej gazociągu DN 500 MOP 8,4 MPa wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla zadania inwestycyjnego „Budowa gazociągu Skoczów- Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego, Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim, określana dalej jako „Umowa nr 1". Została ona zawarta w rezultacie rozstrzygnięcia „Postępowania nr 1", w którym Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców, przewidziane w

art. 24 ust. 5 pkt 1), 2) i 8) ustawy pzp. Podstawa wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp, stanowiła odpowiednik aktualnie obowiązującego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Postępowanie nr 1 nie przewidywało jako podstawy wykluczenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp, który był odpowiednikiem obecnego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

W dniu 19 czerwca 2020 r. Zamawiający odstąpił od Umowy nr 1 z winy Odwołującego. Jednak od samego początku skuteczność tego oświadczenia była przedmiotem sporu między Stronami, który odnosił się do oceny zdarzeń zaszłych w trakcie realizacji Umowy nr 1 oraz odpowiedzialności każdej ze Stron za okoliczności, które doprowadziły do odstąpienia. Prowadzone również były między Stronami, z różną intensywnością, rozmowy w sprawie ugodowego zakończenia sporu. Pierwsza tura rozmów zakończyła się, bez osiągnięcia porozumienia, w pierwszym kwartale 2022 r.

W dniu 21 kwietnia 2021 r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn-Wronów" z podziałem na trzy Etapy (numer postępowania: ZP/2021/04/0037/PI, dalej jako „Postępowanie nr 2"), w którym Zamawiający przewidział jako podstawę wykluczenia m.in. art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Podobnie jak miało to miejsce w Postępowaniu nr 1, Postępowanie nr 2 nie przewidywało jako podstawy wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy pzp, tj. JEDZ, w którym Odwołujący zaznaczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania zaznaczając odpowiedź „NIE" w odpowiedniej pozycji formularza JEDZ (dotyczącej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp). W reakcji na złożone dokumenty w dniu 30 lipca 2021 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu wezwanie, w którym wskazując na okoliczności związane z zakończeniem przed czasem uprzednio zawartej Umowy nr 1, stwierdził, że sytuacja taka podważa wiarygodność Odwołującego, a tym samym spełnia przesłankę, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp i w związku z powyższym wezwał Odwołującego, w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy pzp, do poprawienia dokumentu JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?" oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący, kwestionując konsekwentnie skuteczność odstąpienia od Umowy nr 1, odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, wskazując na brak podstaw do modyfikacji JEDZ i skorzystania z procedury samooczyszczenia. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko oraz ponownie złożył JEDZ, w którym na pytanie: Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?", podtrzymał dotychczasową odpowiedź, zaznaczając „NIE". W dniu 2 września 2021 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania nr 2 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz o odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) pzp. Jako podstawę faktyczną swojej decyzji Zamawiający wskazał okoliczności związane z realizacją Umowy nr 1, przyjmując, że przy jej realizacji Odwołujący dopuścił się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych, polegającego na niewykonaniu obowiązków umownych, wskutek czego Zamawiający odstąpił od Umowy nr 1 z winy Odwołującego. Przedmiotowa decyzja Zamawiającego została zaskarżona odwołaniem, zakończonym wyrokiem z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2706/21 uwzględniającym w całości odwołanie i uchylającym decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu wyroku Izba orzekła m.in., że „zaistniałe opóźnienia w terminie realizacji (...) - nie były wyłączną winą Odwołującego, a dokładnie Zamawiający tego nie wykazał. Niewątpliwe bowiem postanowienia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) dawały Odwołującemu podstawy do odmiennych twierdzeń, co do zakresu poszczególnych etapów, Kamieni Milowych i terminów ich realizacji. Jednocześnie, częsty brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego, czyni obraz realizacji kontraktu nie tak jednoznacznie negatywny dla Odwołującego, jak próbował to przedstawić, w ocenie Izby, nieskutecznie Zamawiający." W podsumowaniu wyroku padło stwierdzenie, że „Izba na koniec ponownie podkreśla, że nie przesądza ostatecznie o zaistniałych okolicznościach, które były podstawą odstąpienia od umowy przez

Zamawiającego, jej zadaniem jest jedynie ocena czynności Zamawiającego w kontekście wykazania przez niego przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 NPzp, gdyż jak zostało to przedstawione powyżej Zamawiający przyczynił się także w znaczny sposób do fiaska projektu."

Po wydaniu przedmiotowego wyroku, w dniu 3 stycznia 2022 r. Zamawiający wszczął Postępowanie nr 3 pn. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania remontowego pn.: „Likwidacja wypłyceń na odcinku eksploatacyjnym Rojęczyn-Leszno (odboczki Rydzyna, Pawłowice, Leszno) oraz odboczka Poniec", nr postępowania: ZP/2021/12/0133/POZ, w którym rozszerzył katalog podstaw wykluczenia wykonawców o niestosowane w dotychczasowych przetargach podstawy, w tym m.in. o podstawę z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu nr 3, po czym nastąpiła powtórka scenariusza jaki miał miejsce w

Postępowaniu nr 2 - na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 11 kwietnia 2022 r.,

Odwołujący złożył dokumenty podmiotowe oraz JEDZ, w którym konsekwentnie w części dotyczącej fakultatywnych podstaw odpowiedział: „NIE", mając umocowanie do takiej odpowiedzi powołanym wyżej wyrokiem KIO. Do JEDZ dodatkowo zostały dołączone wyjaśnienia, opisujące okoliczności sporu i podstawy decyzji Odwołującego, co do sposobu wypełnienia JEDZ. Zamawiający, w nawiązaniu do przedłożonego JEDZ, pismem z dnia 6 maja 2022 r. wezwał Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" 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?" oraz do przestawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 pzp. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 13 maja 2022 r. podtrzymał swoje stanowisko co do sposobu wypełnienia JEDZ, powołując się m.in. na argumenty zawarte w wyroku KIO z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2706/21. Następnie Zamawiający dnia 10 czerwca 2021 r. wykluczył Odwołującego z Postępowania nr 3 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp oraz w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) pzp. W wyniku wniesionego przez Odwołującego odwołania od powyższej decyzji Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lipca 2022 r. o sygn. KIO 1638/22 przyznała rację Zamawiającemu, uznając za prawidłowe wykluczenie Odwołującego z postępowania.

W dniu 13 kwietnia 2022 r. Zamawiający wszczął Postępowanie nr 4 pn.: „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: Budowa gazociągu DN500; MOP 8,4MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim w podziale na 2 części, w zakresie części 2: Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: „Budowa gazociągu DN500; MOP 8,4MPa relacji Skoczów-Komorowice -Oświęcim - Etap IVb - odc. 4,0km od Stare Bielsko do ZZU Wapienica (bez ZZU)", nr postępowania: ZP/2022/04/0060/SWI, a jego przebieg w zakresie odniesieniu do składania dokumentu JEDZ miał identyczny przebieg jak w Postępowaniach nr 2 i 3. W Postępowaniu nr 4 Zamawiający również przewidział przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2022 r., a więc po wydaniu wyroku KIO z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2706/21 w Postępowaniu nr 2, ale jeszcze przed wykluczeniem Odwołującego w Postępowaniu nr 3, wezwał Odwołującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentu JEDZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 30 maja 2022 r., przedłożył żądane dokumenty, w tym dokument JEDZ, w którym w części poświęconej podstawom fakultatywnym wykluczenia odpowiadającym podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp zaznaczył „NIE", dołączając jednocześnie do JEDZ wyjaśnienia dotyczące sporu z Zamawiającym, na analogicznej zasadzie jak w Postępowaniu nr 2 i 3. W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2022 r. wezwał Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" 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?" oraz do przestawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 22 czerwca 2022 r., Odwołujący podtrzymał swoje uprzednie stanowisko wyjaśniając powody swojej decyzji. Wszystkie czynności opisane powyżej zostały dokonane w Postępowaniu nr 4 w dacie poprzedzającej wydanie przez KIO orzeczenia z dnia 18 lipca 2022 r. sygn. KIO 1638/22 w Postępowaniu nr 3. W tym czasie jedynym rozstrzygnięciem oceniającym spór między Odwołującym a Zamawiającym w związku z realizacją Umowy nr 1 było orzeczenie KIO z dnia 25 października 2021 r. o sygn.

akt: KIO 2706/21, wydane w Postępowaniu nr 2, które przyznawało rację Odwołującemu co do braku podstaw wykluczenia z postępowania. Co prawda przedmiotowe orzeczenie zapadło w odniesieniu do podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, jednak mając na uwadze bardzo zbliżone przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy pzp, tożsamą podstawę faktyczną, a także argumentację zawartą w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Izby, odnoszącą się działań Stron podejmowanych w trakcie realizacji Umowy nr 1 oraz wskazującą na rodzaje uchybień ze strony Zamawiającego, Odwołujący miał pełne podstawy do przyjęcia, że podniesione w wyroku uwarunkowania znajdą zastosowanie także w odniesieniu do drugiej z podstaw wykluczenia, wprowadzonej przez Zamawiającego w Postępowaniu nr 3, po niekorzystnym dla niego wyroku wydanym w Postępowaniu nr 2. W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt:

KIO 2706/21 Izba orzekła m.in., że „zaistniałe opóźnienia w terminie realizacji (...) - nie były wyłączną winą Odwołującego, a dokładnie Zamawiający tego nie wykazał. Niewątpliwe bowiem postanowienia opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) dawały Odwołującemu podstawy do odmiennych twierdzeń, co do zakresu poszczególnych etapów, Kamieni Milowych i terminów ich realizacji. Jednocześnie, częsty brak konsekwencji w działaniach

Zamawiającego, czyni obraz realizacji kontraktu nie tak jednoznacznie negatywny dla Odwołującego, jak próbował to przedstawić, w ocenie Izby, nieskutecznie Zamawiający.” W podsumowaniu wyroku padło stwierdzenie, że „Izba na koniec ponownie podkreśla, że nie przesądza ostatecznie o zaistniałych okolicznościach, które były podstawą odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, jej zadaniem jest jedynie ocena czynności Zamawiającego w kontekście wykazania przez niego przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 NPzp, gdyż jak zostało to przedstawione powyżej Zamawiający przyczynił się także w znaczny sposób do fiaska projektu.” Wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 18 lipca 2022 r. sygn. KIO 1638/22 w zakresie Postępowania nr 3 spowodowało zmianę sytuacji prawnej Odwołującego. Odwołujący uznał, że zapadłe orzeczenie ma znaczenie szersze i w praktyce rzutować będzie na ocenę podstaw fakultatywnego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w innych postępowaniach i w związku z powyższym zmienił dotychczasowe stanowisko i uznając, że odstąpienie od Umowy nr 1 mogło stanowić podstawę wykluczenia Odwołującego, podjął działania w zakresie self-cleaningu, a także dodatkowo ponowił działania celem zawarcia z Zamawiającym porozumienia dotyczącego kwestii rozliczeń i roszczeń cywilnoprawnych związanych z odstąpieniem od Umowy nr 1. Wobec powyższego Odwołujący pismem z dnia 18 lipca 2022 r. złożył korektę dokumentu JEDZ wraz procedurą self-cleaning. W zaktualizowanym JEDZ Odwołujący 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? udzielił odpowiedzi: „TAK” oraz załączył do JEDZ dokumenty mające potwierdzać przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (self-cleaning). Pismem z dnia 19 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy pzp. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że aktualizacja JEDZ oraz wykazanie podjęcia środków, które miałyby potwierdzać rzetelność Odwołującego (samooczyszczenie) zostały przedłożone przez Odwołującego już po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 15 czerwca 2022 r. Ponadto według Zamawiającego „podjęte przez Wykonawcę czynności i działania zmierzające do samooczyszczenia mają wyłącznie charakter pozorny, a tym samym nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji uznania, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu”. Odwołujący w dniu 29 sierpnia 2022 r. wniósł odwołanie od przedmiotowej decyzji. Wyrokiem z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) Izba oddaliła odwołanie. W uzasadnieniu Izba w zakresie zarzutów dotyczących braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109. ust. 1 pkt 7 ustawy pzp i odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy pzp uznała, że „zmiana oświadczenia w JEDZ dokonana przez Wykonawcę po terminie i w sposób modyfikujący oświadczenie uzupełnione na wezwanie Zamawiającego nie mogła być uznana za zgodną z przepisami i dopuszczalną na gruncie przepisów Ustawy. (...). Istotnym pozostawało natomiast ustalenie, czy modyfikacja wcześniejszych oświadczeń w JEDZ była dopuszczalna w okolicznościach, jakie towarzyszyły ich składaniu w toku postępowania, w szczególności po zmianie sytuacji jaka dla Wykonawcy powstała w wyniku orzeczenia KIO z lipca 2022 r. (.), Izba uznała, iż przepis art. 126 ust. 3 ustawy nie mógł mieć zastosowania. W szczególności należy zauważyć, iż wprawdzie w odwołaniu pojawia się argument związany z możliwością samodzielnego złożenia aktualnego oświadczenia przez wykonawcę w oparciu o art. 126 ust. 3 Ustawy, to jednak nie ma w odwołaniu zarzutu braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych. (.). Tym samym Izba oceniając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie miała podstaw do formułowania ocen w odniesieniu do przebiegu badania i weryfikacji podmiotowej Wykonawcy i odniosła się wyłącznie do oceny końcowej i uzasadnienia, jakie wskazał Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z

postępowania. (..). W ocenie składu orzekającego nie wpływa na sytuację Wykonawcy w postępowaniu zmiana oświadczenia JEDZ dokonana po wydaniu wyroku z dnia 18.07.2022 r. w sprawie KIO 1638/22. Odwołujący upatruje w tej okoliczności uzasadnienia dla uznania, iż jego oświadczenie w JEDZ stało się nieaktualne, a tym samym dopuszczalne miałoby być jego zastąpienie nowym oświadczeniem w trybie art. 126 ust. 3 Ustawy. W ocenie składu orzekającego taka podstawa nie zaistniała. (.). Ponieważ przepisy Ustawy traktują oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy jako podmiotowe środki dowodowe (opisane w rozdziale 2 oddział 4), to nawet przyjmując odmienną ocenę prawną wyłączenia jakie zostało poczynione w definicji podmiotowego środka dowodowego, w ocenie składu orzekającego również okoliczności podniesione w odwołaniu nie uzasadniałyby stwierdzenia, że oświadczenia w JEDZ utraciły w toku postępowania swoją aktualność. Zasadniczą przeszkodą stanowiło bowiem stwierdzenie, że sytuacja faktyczna Wykonawcy istniejąca tak na dzień składania pierwszego oświadczenia w JEDZ, jak również na moment jego utrzymania na wezwanie Zamawiającego, a następnie skorygowanego z inicjatywy samego Wykonawcy, nie uległa zmianie. W szczególności takiej zmiany nie determinował wyrok KIO z lipca 2022 r., który wyłącznie zawierał ocenę prawną w kontekście wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Okoliczności dotyczące wypowiedzenia umowy przez

Zamawiającego nie uległy na skutek tego wyroku zmianie, a sama ocena organu orzekającego w żaden sposób nie wpływała na możliwość wypełnienia oświadczenia w JEDZ zgodnie z instrukcją. (...). Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby uznał, iż w sytuacji, gdy doszło do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, okoliczność ta uzasadniała zaznaczenie odpowiedzi TAK, co Odwołujący uczynił w sposób nieskuteczny dopiero po wyroku Izby. Tym samym cała procedura samooczyszczenia nie mogła wywoływać skutku dla oceny podmiotowej Wykonawcy. W sprawie nie zachodziła zatem potrzeba szczegółowej oceny środków jakie przedsięwziął Wykonawca i Izba w tym zakresie odstąpiła od przedstawienia swojego stanowiska". Wyrok KIO z dnia 13 września 2022 r. o sygnaturze akt KIO 2252/22 w dniu 10 października 2022 r. został zaskarżony przez Odwołującego do Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania skarga nie została rozpatrzona.

Odnosząc się do ciągu zdarzeń, które miały miejsce w Postępowaniu nr 5 Odwołujący wskazał, że po złożeniu przez Odwołującego oferty Zamawiający pismem z dnia 20 maja 2022 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, wymienionych w Rozdziale XII SWZ, oraz złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 2 czerwca 2022 r., Odwołujący przedłożył podmiotowe środki dowodowe oraz oświadczenie JEDZ. W złożonym JEDZ w części poświęconej podstawom fakultatywnym wykluczenia odpowiadającym podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, w odpowiedzi 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?" Odwołujący zaznaczył „NIE". W dalszej kolejności Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp wezwał Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" 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?" oraz do przestawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 28 czerwca 2022 r., Odwołujący podtrzymał swoje uprzednie stanowisko wyjaśniając powody swojej decyzji. Następnie po wydaniu wyroku z dnia 18 lipca 2022 r. sygn. KIO 1638/22 (dot. Postępowania nr 3), Odwołujący w dniu 18 lipca 2022 r. przedłożył nowy JEDZ z procedurą self-cleaning, analogicznie jak w Postępowaniu nr 4 i o tej samej treści co w Postępowaniu nr 4. Równolegle prowadzone przez Strony negocjacje doprowadziły w dniu 2 sierpnia 2022 r. do zawarcia porozumienia na mocy, którego Zamawiający i Odwołujący uregulowali wzajemne roszczenia. Odwołujący uznał skuteczność odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy nr 1, uznał swoją winę w doprowadzeniu do rozwiązania Umowy nr 1, zobowiązał się do zapłaty z tego tytułu kary umownej, a także zrzekł się odsetek od należnego Odwołującemu wynagrodzenia. Z kolei Zamawiający w ramach zwartego porozumienia zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane w ramach Umowy nr 1 w wysokości wskazanej w porozumieniu. W porozumieniu znalazło się potwierdzenie polubownego zakończenia wszelkich sporów związanych z Umową nr 1 lub wynikających z Umowy nr 1, w tym końcowe rozliczenie wynagrodzenia umownego i zrzeczenie się ewentualnych dalej idących roszczeń. Dodał, że porozumienie z dnia 2 sierpnia 2022 r. zostało przez Strony wykonane (doszło do skutecznej kompensaty roszczeń). Zawarcie w dniu 2 sierpnia 2022 r. porozumienia w opinii Odwołującego stanowiło

okoliczność uzasadniającą aktualizację części złożonych w Postępowaniu nr 5 podmiotowych środków dowodowych, wobec czego pismem z dnia 15 września 2022 r. Odwołujący ponownie złożył zaktualizowane oświadczenie JEDZ, w którym 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? udzielił odpowiedzi: „TAK". W ślad za oświadczeniem JEDZ zostały złożone zaktualizowane dokumenty mające potwierdzać przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (self-cleaning).

Odnośnie zarzutu 1 odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający, powołując się na wyrok z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22), zapadły w oparciu o stan faktyczny dot. Postępowania nr 4, stanął na stanowisku, że skoro w Postępowaniu nr 5 Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia JEDZ w takim samym zakresie jak w Postępowaniu nr 4, którego dot. wyrok z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22), to tezy postawione w ww. wyroku odnoszą się w całej rozciągłości do Postępowania nr 5. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby tezy wyrażone w wyroku KIO dot. Postępowania nr 4 miały zastosowanie w pełnej rozciągłości w odniesieniu do Postępowania nr 5. Zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) wcale nie wskazuje maksymalnego terminu na złożenie aktualizacji JEDZ i dokonanie samooczyszczenia. W wyroku pada jedynie stwierdzenie, że zmiana oświadczenia JEDZ dokonana została po terminie (vide str. 8 wyroku KIO z dnia 13 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2252/22). Z kolei Zamawiający w Informacji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty z dnia 14 października 2022 r. wywodzi jakoby ostatecznym terminem na poprawienie JEDZ i dokonanie procedury samooczyszczenia był termin wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 20 czerwca 2022 r. kierowanym do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że istnieje cały szereg orzeczeń i poglądów doktryny, które pozostają w sprzeczności z tezami prezentowanymi przez Zamawiającego jakoby maksymalny termin na złożenie aktualizacji JEDZ i przeprowadzenie procedury samooczyszczenia był wskazywany przez Zamawiającego i wynikał z jego wezwania. I tak zgodnie z poglądem wyrażonym przez A. Gawrońską-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 110: „Do przywołanego wyroku TS z 14.01.2021 r., C-387/19, odwołuje się także KIO w swoim orzecznictwie (KIO 2348/21). W rozpoznawanej sprawie KIO w ślad za wyrokiem TSUE uznała zarzut co do bezprawności zainicjowania przez zamawiającego procedury self-cleaning, poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia samooczyszczenia, za niezasadny. Izba zauważyła, że ani przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, ani SWZ w przedmiotowym postępowaniu nie zawierają regulacji odnośnie terminu dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia lub ograniczenia co do wszczęcia tej procedury wyłącznie z inicjatywy wykonawcy." W powołanym wyroku Trybunału Sprawiedliwości, Trybunał w sprawie C-387/19 mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Raad van State (radę stanu, Belgia) postanowieniem z dnia 7 maja 2019 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 17 maja 2019 r., w postępowaniu RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norre-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest, orzekł, że „Art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentów zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentów zamówienia." Wskazał, że polskie przepisy krajowe nie określają jednoznacznie momentu, do kiedy procedura self-cleaning winna być złożona, poza tym termin ten nie wynika również z dokumentów zamówienia w niniejszym postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r. sygn. KIO 2348/21. Powołał się na publikację zatytułowaną: Który moment najlepszy na self-cleaning? . Powołał
się na wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19 oraz wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 1811/18, (LEX nr 2669138), Sądu Okręgowego w Warszawie. W ocenie Odwołującego przyjąć należy, że self-cleaning dokonany przez

Odwołującego w dniu 18 lipca 2022 r. (w związku z wydaniem wyroku KIO z dnia 18 lipca 2022 r. o sygn. KIO 1638/22), a następnie w dniu 15 września 2022 r. (w związku z podpisaniem porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r.) został zrealizowany w terminie.

Odwołujący podniósł, że nie ma uzasadnienia dla stawiania znaku równości między stanem faktycznym i prawnym dotyczącym Postępowania nr 4 oraz stanem faktycznym i prawnym dotyczącym Postępowania nr 5. Stanowisko Izby wyartykułowane w wyroku KIO z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) nie może być wprost stosowane do sytuacji zaistniałej w Postępowaniu nr 5. Zauważył, że Strony w dniu 2 sierpnia 2022 r. zawarły porozumienie na mocy, którego Zamawiający i Odwołujący uregulowali wzajemne roszczenia. Odwołujący uznał skuteczność odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy nr 1, uznał swoją winę w doprowadzeniu do rozwiązania Umowy nr 1, zobowiązał się do zapłaty z tego tytułu kary umownej, a także zrzekł się odsetek od należnego Odwołującemu wynagrodzenia. Z kolei Zamawiający w ramach zawartego porozumienia zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane w ramach Umowy nr 1 w wysokości wskazanej w porozumieniu. W porozumieniu znalazło się potwierdzenie polubownego zakończenia wszelkich sporów związanych z Umową nr 1 lub wynikających z Umowy nr 1, w tym końcowe rozliczenie wynagrodzenia umownego i zrzeczenie się ewentualnych dalej idących roszczeń. Dodał, że porozumienie z dnia 2 sierpnia 2022 r. zostało przez Strony wykonane (doszło do skutecznej kompensaty roszczeń). Okoliczność ta w ocenie Odwołującego uzasadniała aktualizację części złożonych w Postępowaniu nr 5 podmiotowych środków dowodowych, wobec czego pismem z dnia 15 września 2022 r. Odwołujący ponownie złożył zaktualizowane oświadczenie JEDZ, w którym 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? Udzielił odpowiedzi: „TAK". W ślad za oświadczeniem JEDZ zostały złożone zaktualizowane dokumenty mające potwierdzać przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (self-cleaning). W ramach postępowania nr 4 Odwołujący nie zdążył złożyć aktualizacji JEDZ wraz z procedurą samooczyszczenia uwzgledniające okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. Okoliczność ta nie była przedmiotem rozważań Izby zapadłych w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22). Odwołujący wskazał, że spełnił wymagania wynikające z przepisów prawa, z orzecznictwa KIO i poglądów doktryny, albowiem procedurę self-cleaning złożył wraz z zaktualizowanym dokumentem JEDZ (w tym samym czasie) i to dobrowolnie, w szczególności bez wezwania ze strony Zamawiającego, przed wykluczeniem z postępowania, niezwłocznie po zmianie okoliczności wpływających na dokonanie aktualizacji dokumentów. Podniósł, że wbrew bowiem temu co wynika z treści wykluczenia Odwołującego z postępowania przedłożenie skorygowanego dokumentu JEDZ wraz z procedurą self-cleaning zarówno w dniu 18 lipca 2022 r., a następnie w dniu 15 września 2022 r., nie stanowiło spóźnionej reakcji Odwołującego na wezwanie z dnia 20 czerwca 2022 r., lecz samodzielną decyzję Odwołującego, wynikającą w przypadku aktualizacji z dnia 18 lipca 2022 r. z zapadłego wyroku KIO z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. KIO 1638/22, w przypadku aktualizacji z dnia 15 września 2022 r. z zawartego między Stronami porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. Odwołujący ma prawo dokonać zmiany oceny swojego dotychczasowego postępowania aż do momentu wykluczenia z postępowania. Odwołujący ma również prawo, a nawet obowiązek, wziąć pod uwagę wydany przez Krajową Izbę wyrok, a następnie podpisane przez Strony porozumienie, co uczynił w przedmiotowym Postępowaniu nr 5.

Odnośnie zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że mimo dwukrotnego złożenia aktualizacji JEDZ, w części poświęconej fakultatywnym podstawom wykluczenia, odpowiadającym podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, gdzie w odpowiedzi 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?" Odwołujący zaznaczył „TAK" oraz przedłożył procedurę samooczyszczenia, Zamawiający w ogóle nie przystąpił do oceny, czy podjęte przez Odwołującego czynności, w ramach samooczyszczenia, są wystarczające do wykazania jego rzetelności - zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy pzp. Podniósł, że zaniechanie dokonania oceny złożonego samooczyszczenia Zamawiający zdaje się legalizować powołując w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 14 października 2022 r. wyrok KIO z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22), z którego wynika, że „cała procedura samooczyszczenia nie mogła wywoływać skutku dla oceny podmiotowej Wykonawcy. W sprawie nie zachodziła zatem potrzeba szczegółowej oceny środków jakie przedsięwziął Wykonawca i Izba w tym zakresie odstąpiła od przedstawienia swojego stanowiska". Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22), przyjmując, że wyrok KIO z dnia 18 lipca 2022 r. (sygn. akt: KIO 1638/22) nie wpływał na sytuację Odwołującego, wobec czego nie była dopuszczana zmiana oświadczenia JEDZ, uznała, że złożona procedura

samooczyszczania jest nieskuteczna jako złożona po termie, wobec czego Izba odstąpiła od merytorycznej oceny zarzutów dot. spełniania przez Odwołującego przesłanek art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Zaznaczył, że Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem KIO w tym zakresie, dlatego też w dniu 10 października 2022 r. do Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych została złożona skarga na orzeczenie KIO. Zamawiający swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z Postepowania nr 5 opiera w całości na wyroku, który zapadł w odniesieniu do Postepowania nr 4. Podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) dot. Postępowania nr 4 nie odnosiła się do wszystkich okoliczności, które miały miejsce w ramach Postępowania nr 5 i dawały podstawę do dokonania aktualizacji JEDZ, w tym Izba w ogóle nie poruszała kwestii zawarcia przez Strony porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. kończącego spór dot. realizacji Umowy nr 1. W opinii Odwołującego przedłożenie skorygowanego dokumentu JEDZ wraz z procedurą self-cleaning zarówno w dniu 18 lipca 2022 r., a następnie w dniu 15 września 2022 r., nie było spóźnione, bowiem Odwołujący ma prawo dokonać zmiany oceny swojego dotychczasowego postępowania aż do momentu wykluczenia z postępowania. Uprawnienie Odwołującego do dokonania aktualizacji JEDZ i złożenia samooczyszczenia oznacza obowiązek po stronie Zamawiającego do dokonania oceny, czy podjęte przez Odwołującego czynności, w ramach samooczyszczenia, są wystarczające do wykazania jego rzetelności - zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy pzp, czego Zamawiający w przypadku Postępowania nr 5 bezprawnie zaniechał.

Odnośnie zarzutu 3 odwołania wskazał, że powołując się na A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 126.: „Zamawiający, wyrażając zamiar skorzystania z uprawnienia określonego w ust. 3, powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do aktualności przedłożonych wcześniej przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. O uzasadnionej wątpliwości, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, możemy mówić np. wówczas, gdy z informacji medialnej czy informacji przekazanej przez innych wykonawców wynika, że istnieje ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy, który w toku postępowania przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu lub zaszły wobec niego podstawy wykluczenia. Z tego też tytułu zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę do przedłożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia”. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp, choć okoliczności faktyczne wskazywały, a Zamawiający posiadał wiedzę w tym zakresie, że złożone uprzednio dokumenty pozostają już nieaktualne.

Podniósł, że w wyniku wydania orzeczenia KIO z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1638/22 i podjętej decyzji Odwołującego o dalszym sposobie postępowania dotychczas złożony przez Odwołującego dokument JEDZ przestał być aktualny. Po drugie wskazał, że podpisanie między Stronami porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. dot. Umowy nr 1 również implikowało konieczność aktualizacji JEDZ i ponownego złożenia procedury samooczyszczenia. W tej sytuacji Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 3 pzp winien wezwać Odwołującego do aktualizacji dokumentów. Odwołujący nie czekając na przedmiotowe wezwanie, z własnej inicjatywy, już w dniu wydania wyroku KIO z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1638/22, złożył nowy dokument JEDZ, aktualny na dzień jego złożenia, wraz z procedurą self-cleaningu. Następnie po raz kolejny w dniu 15 września 2022 r. Odwołujący również samodzielnie złożył zaktualizowany JEDZ i ponownie dokonał self-cleaningu. Odwołujący przyjął, że jeśli musi wykonać określoną czynność na wezwanie Zamawiającego, to tym bardziej może to zrobić z własnej inicjatywy, zamiast wnosić odwołanie do Prezesa KIO na zaniechanie wezwania ze strony Zamawiającego podjętego w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp, zwłaszcza że zawarta w informacji o wykluczeniu argumentacja Zamawiającego wskazuje, że Zamawiający nie brał pod uwagę zastosowania tego przepisu. Podkreślił, że pierwotny JEDZ nie zawierał błędów (w rozumieniu art. 128 ust. 1 pzp), co potwierdzało ówcześnie wydane orzeczenie KIO z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2706/21, lecz na skutek wydania drugiego wyroku KIO, a następnie w wyniku podpisania porozumienia przez Strony w dniu 2 sierpnia 2022 r., stał się nieaktualny w rozumieniu art. 126 ust. 3 ustawy pzp. Tym samym w ocenie Odwołującego zachodziła potrzeba aktualizacji złożonych dokumentów w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp.

Odnośnie zarzutu 4 odwołania podniósł, że w dniu 14 października 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu oferty Odwołującego. W zawiadomieniu Zamawiający skupił się wyłącznie na fakcie wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 13 września 2022 r. o sygnaturze akt: KIO 2252/22 oraz na przedstawieniu stanu faktycznego do dnia 18 lipca 2022 r., w którym to dniu został wydany wyrok KIO z dnia 18 lipca 2022 r. o sygn. KIO 1638/22, z kolei Odwołujący w tym samym dniu (18 lipca 2022 r.) przedłożył nowy JEDZ z pierwszą procedurą self-cleaning. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty pominął całkowicie fakt, że w dniu 2 sierpnia 2022 r. doszło do zawarcia porozumienia na mocy, którego Zamawiający i Odwołujący uregulowali

wzajemne roszczenia związane z realizacją Umowy nr 1. Odwołujący uznał skuteczność odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy nr 1, uznał swoją winę w doprowadzeniu do rozwiązania Umowy nr 1, zobowiązał się do zapłaty z tego tytułu kary umownej, a także zrzekł się odsetek od należnego Odwołującemu wynagrodzenia. Z kolei Zamawiający, w ramach zawartego porozumienia, zobowiązał się do zapłaty wynagrodzenia za prace wykonane w ramach Umowy nr 1 w wysokości wskazanej w porozumieniu. W porozumieniu znalazło się potwierdzenie polubownego zakończenia wszelkich sporów związanych z Umową nr 1 lub wynikających z Umowy nr 1, w tym końcowe rozliczenie wynagrodzenia umownego i zrzeczenie się ewentualnych dalej idących roszczeń. W opinii Odwołującego zawarcie porozumienia stanowiło okoliczność uzasadniającą aktualizację części złożonych w Postępowaniu nr 5 podmiotowych środków dowodowych, wobec czego pismem z dnia 15 września 2022 r. Odwołujący ponownie złożył zaktualizowane oświadczenie JEDZ wraz z procedurą samooczyszczenia (self-cleaning). Podniósł, że Zamawiający dokonując badania i oceny oferty Odwołującego dokonał uproszczenia stanu faktycznego mającego miejsce w Postępowaniu nr 5 przyjmując, że okoliczności faktyczne dotyczące Postępowania nr 5 są tożsame z okolicznościami faktycznymi dotyczącymi Postępowania nr 4, wobec czego rozstrzygnięcie wynikające z wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) znajdzie zastosowanie również w przedmiotowej sprawie. Odwołujący podkreślił, że w ramach postępowania nr 4 Odwołujący nie zdążył złożyć aktualizacji JEDZ wraz z procedurą samooczyszczenia uwzgledniającą okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. Okoliczność zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. nie była w ogóle przedmiotem rozważań lzby zapadłych w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22), wobec czego Zamawiający nie był uprawniony do pominięcia tej okoliczności przy decyzji dot. wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odnośnie zarzutu 5 odwołania wskazał, że na skutek bezprawnego przyjęcia przez Zamawiającego, że do aktualizacji JEDZ w zakresie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, doszło po terminie, Zamawiający całkowicie odstąpił od oceny czy podjęte przez Odwołującego czynności (z dnia 18 lipca 2022 r. oraz z dnia 15 września 2022 r.), w ramach samooczyszczenia, są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zaznaczył, że jako rażące naruszenie ze strony Zamawiającego jawi się całkowite pominięcie okoliczności, że Strony w dniu 2 sierpnia 2022 r. zawarły porozumienie na mocy, którego Zamawiający i Odwołujący uregulowali wzajemne roszczenia związane z realizację Umowy nr 1. Porozumienie definitywnie zakończyło spór między Zamawiającym, a Odwołującym, na drodze cywilnej. Zawarcie porozumienia uzasadniało aktualizację części złożonych w Postępowaniu nr 5 podmiotowych środków dowodowych, wobec czego pismem z dnia 15 września 2022 r. Odwołujący ponownie złożył zaktualizowane oświadczenie JEDZ, w którym 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? udzielił odpowiedzi: „TAK". W ślad za oświadczeniem JEDZ zostały złożone zaktualizowane dokumenty mające potwierdzać przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (self-cleaning). W ramach postępowania nr 4 Odwołujący nie zdążył złożyć aktualizacji JEDZ wraz z procedurą samooczyszczenia uwzgledniające okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. W Postępowaniu nr 5 doszło do złożenia aktualizacji JEDZ wraz z procedurą samooczyszczenia Odwołujący jeszcze przed wykluczeniem z postępowania, niezwłocznie po zmianie okoliczności wpływających na dokonanie aktualizacji dokumentów, dokonał aktualizacji JEDZ i złożył procedurę self-cleaning. Odwołujący miał prawo dokonać aktualizacji, z kolei Zamawiający miał obowiązek ocenić te czynności. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postepowania skupił się wyłącznie na tezach postawionych przez KIO w wyroku z dnia 13 września 2022 r. (sygn. akt: KIO 2252/22) całkowicie pomijając fakt, że Odwołujący złożył kolejną w postępowaniu procedurę samooczyszczenia. W ocenie Odwołującego przedmiotowa decyzja była błędna, albowiem z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu dokonane aktualizacje JEDZ wraz z przedłożeniem procedury samooczyszczenia nie były spóźnione, wobec czego Zamawiający winien zastosować wobec Odwołującego wyjątek przewidziany w art. 110 ust. 2 ustawy pzp, co skutkowałoby brakiem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania nr 5 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

W zakresie zarzutu 6 odwołania wskazał, że odrzucenie oferty Odwołującego jest konsekwencją bezprawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania nr 5. W opinii Odwołującego decyzja o wykluczeniu była niezasadna z uwagi na nieuwzględnienie przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 ustawy pzp, a więc konsekwentnie również decyzja o odrzuceniu oferty nie powinna się ostać.

W dniu 4 listopada 2022 r. Przystępujący po stronie Zamawiającego ANTEA POLSKA

Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w sprawie o sygn. akt KIO 2809/22 złożył pismo procesowe przedstawiające argumentację faktyczną i prawną z wnioskiem o oddalenie odwołania.

W dniu 7 listopada 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2798/22, w której oświadczył, że uwzględnia zarzut 4 odwołania, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania. Zamawiający złożył również odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 2809/22 wnosząc o oddalenie odwołania. W złożonych pismach oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 7 listopada 2022 r. Odwołujący MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie w sprawie o sygn. akt KIO 2809/22 złożył pismo procesowe przedstawiające argumentację odnoszącą się do odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego ANTEA.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania Odwołujący ANTEA oświadczył, że podtrzymuje zarzut 1 i 2 w zakresie pani Joanny Kawuli i Joanny Kobyleckiej. Wycofuje zarzut 3 i 4 oraz podtrzymuje zarzuty 5 i 6 wyłącznie w zakresie ww. osób.

Ponadto, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części niewycofanej przez Odwołującego. Przystępujący ACE nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części niewycofanej.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem któregokolwiek odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie:

- w sprawie o sygn. akt KIO 2798/22: ACE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu

- w sprawie o sygn. akt KIO 2809/22: ANTEA POLSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, ACE sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu.

Natomiast po stronie Odwołującego:

- w sprawie o sygn. akt KIO 2798/22: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowe: Przystępującego ANTEA w sprawie

KIO 2809/22 oraz Odwołującego MGGP w sprawie KIO 2809/22.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

KIO 2798/22

W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący wycofał w części zarzuty a Zamawiający uwzględnił odwołanie w części niewycofanej. Natomiast uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego oświadczył na posiedzeniu, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b 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) nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

KIO 2809/22

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem XI SWZ: PODSTAWY WYKLUCZENIA, O KTÓRYCH MOWA W ART. 109 USTAWY: „1. Z Postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 7, 8 i 9 Ustawy. Uwaga: 1) Ocena czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu z ww. powodów zostanie dokonana na podstawie oświadczeń zawartych w Jednolitym dokumencie (Załącznik nr 3 do SWZ), sporządzonym i przesłanym Zamawiającemu w postaci dokumentu elektronicznego, podpisanego

kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zgodnie z zasadami opisanymi w Rozdziale VIII

SWZ powyżej.”

Wykonawca MGGP na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 maja 2022 r, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp w dniu 2 czerwca 2022 r. złożył dokument JEDZ, w którym 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:”

odpowiedział NIE.

Pismem z dnia 20 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów: „(...) W dniu 03.06.2022 r.

w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca złożył JEDZ, w którym w Części III „Podstawy wykluczenia”, pkt C: podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem

interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na postawione 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? została wskazana odpowiedź „NIE". Dodatkowo Wykonawca przedłożył z ostrożności wyjaśnienia, aby nie narażać się na ewentualne zarzuty przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie okoliczności objętymi oświadczeniami zawartymi w treści JEDZ. W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający zidentyfikował umowy, które w okresie ostatnich trzech lat od daty złożenia ww. JEDZ zostały rozwiązane przed czasem, lub w których nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Do takich umów, w ww. okresie, należy umowa o nr 1000032164 dotyczącą „Opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim". W efekcie braku Przedmiotu Umowy, bardzo niskiego zaawansowania prac projektowych oraz licznych wad, a także bardzo istotne znaczenie strategiczne projektu dla bezpieczeństwa energetycznego południowej części kraju, Zamawiający w dniu 19.06.2020 r. odstąpił od umowy z winy Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznaje, że ww. odstąpienie od Umowy spełnia przesłankę, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Ustawy. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy wzywa Wykonawcę do poprawienia jednolitego dokumentu poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca 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?" oraz do przestawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia

środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 Ustawy. (...) Ww. oświadczenia i dokumenty należy dostarczyć w terminie do dnia 29 czerwca 2022 roku drogą elektroniczną za pośrednictwem korespondencji obsługiwanej przez Portal Zakupowy () lub na adres - email: z dopiskiem: „ZP/2022/03/0036/TAR - dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy."

Pismem z dnia 28 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał m.in., że wobec niego „nie zachodzą żadne przesłanki wykluczenia określone przez Zamawiającego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, stąd złożone przez Wykonawcę oświadczenie w formularzu JEDZ jest prawidłowe."

Pismem z dnia 18 lipca 2022 r. Wykonawca MGGP wskazał: „W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 20 czerwca 2022 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz odpowiedzi MGGP S.A. z dnia 28 czerwca 2022 r., w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt: 1638/22 z dnia 18 lipca 2022 r. i wynikającą z niego, a dokonaną przez Krajową Izbę oceną okoliczności wykonywania umowy z dnia 6 grudnia 2018 r. o numerze 1000032164 zawartej pomiędzy Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. a MGGP S.A. na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów - Komorowice - Oświęcim - Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów - Komorowice - Oświęcim, niniejszym składamy korektę dokumentu JEDZ wraz procedurą self-cleanig. Złożenie przedmiotowych dokumentów nie stanowi uznania roszczeń GAZ-SYSTEM S.A., związanych z ewentualnym nienależytym wykonywaniem przedmiotowej umowy oraz odstąpieniem od umowy przez GAZ-SYSTEM S.A. MGGP S.A. zastrzega sobie prawo do wniesienia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jak również wytoczenia powództwa do sądu powszechnego. Czynności objęte niniejszym pismem zostają podjęte w następstwie stanu prawnego jaki tymczasowo zaistniał w związku z wydaniem przez Krajową Izbę powołanego wyżej orzeczenia i który to wyrok wskazał na odmienną, od przyjętej przez MGGP S.A., ocenę stanu faktycznego w zakresie realizacji umowy. Z uwagi na moc wiążącą przedmiotowego wyroku MGGP S.A. dostosowuje się do jego treści, zachowując prawo do kwestionowania oceny zawartej w przedmiotowym orzeczeniu. Działania opisane w procedurze self-cleaningu zostały podjęte z ostrożności i nie oznaczają akceptacji zarzutów stawianych przez GAZ-SYSTEM S.A. Ich zastosowanie służy eliminacji i ograniczeniu na przyszłość ewentualnych ryzyk związanych z projektami o podwyższonym ryzyku realizacyjnym."

Do pisma Wykonawca załączył JEDZ, gdzie 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:" odpowiedział TAK i wskazał, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia, które stanowią załącznik do JEDZ.

Ponownie w dniu 15 września 2022 r. Odwołujący złożył oświadczenie JEDZ j. w. oraz samooczyszczenie.

W dniu 14 października 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego: „Zamawiający działając na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp wyklucza z postępowania Wykonawcę MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33 - 100 Tarnów oraz działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca jego ofertę. W treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ (rozdział XI.1 SWZ) Zamawiający wskazał jako jedną z podstaw wykluczenia z postępowania przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Stosownie do treści tego przepisu, (...) Natomiast zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (...) W dniu 20 maja 2022 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp tj. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ"). W dniu 31 maja 2022 r. Wykonawca przedłożył podmiotowe środki dowodowe oraz JEDZ. Zgodnie z dokumentem JEDZ w odpowiedzi na pytanie mające na celu ustalenie czy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp: 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? Wykonawca zaznaczył odpowiedź „NIE". Wraz z JEDZ Wykonawca przedłożył dodatkowe wyjaśnienia, w których oświadczył, że realizował na rzecz Zamawiającego umowę nr 1000032164 z dnia 06.12.2018 r. na opracowanie dokumentacji projektowej gazociągu DN 500 MOP 8,4 MPa wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla zadania inwestycyjnego „Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim- Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego, Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim" („Umowa"). Wykonawca wyjaśnił, że 25 września 2020 r. złożył Zamawiającemu odstąpienie od ww. Umowy, przy czym zaznaczył również, że w dniu 19 czerwca 2020 r. od Umowy odstąpił Zamawiający. Wykonawca uznał jednak, że wcześniejsze odstąpienie Zamawiającego od Umowy nie wywołuje skutków prawnych, jako pozbawione podstawy faktycznej i prawnej. W dniu 20 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia stanowiącego potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie Wykonawca był zobowiązany złożyć w formie jednolitego dokumentu (JEDZ). Powyższe wezwanie wynikało z faktu, iż Wykonawca, w oświadczeniu JEDZ oświadczył, iż nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia opisana w przepisie art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, a jednocześnie odniósł się do umowy nr 1000032164, która była zawarta z Zamawiającym, wskazując, że do jej rozwiązania nie doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiający uznał, że ww. odstąpienie od umowy spełnia przesłankę, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, a w związku z powyższym wezwał Wykonawcę do poprawienia jednolitego dokumentu poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK" 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?" oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w terminie do 29 czerwca 2022 r. W piśmie z dnia 28 czerwca 2022 r. Wykonawca przedstawił odpowiedź na wezwanie stwierdzając, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz wskazał, że od samego początku nie podzielał poglądu Zamawiającego, czemu wielokrotnie dawał wyraz z korespondencji kierowanej do Zamawiającego. Wykonawca zaznaczył również, że w jego ocenie nie ma podstaw prawnych i faktycznych do twierdzeń wskazujących na rzekome nienależyte wykonanie umowy nr 1000032164 przez Wykonawcę oraz, że: W tym zakresie stanowisko Wykonawcy nie uległo zmianie, co powoduje, że Wykonawca nie może zastosować się do wskazanego wyżej żądania Zamawiającego, gdyż przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie ma zastosowania do MGGP S.A., a złożone przez Spółkę oświadczenie w tym zakresie odpowiada prawdzie. Wykonawca przedstawił również skrótowo swoją ocenę okoliczności związanych z realizacją umowy nr 1000032164 oraz stwierdził, że JEDZ jest oświadczeniem własnym Wykonawcy, którym przekazuje on wiedzę o swojej sytuacji/właściwościach Zamawiającemu. Rzetelność i prawidłowość treści złożonego jednolitego dokumentu podlega co prawda weryfikacji Zamawiającego, lecz to Wykonawca, w oparciu o okoliczności jego dotyczące oraz posiadaną wiedzę, decyduje o treści informacji objętych dokumentem. Obowiązujące przepisy prawa nie dają Zamawiającemu uprawnienia

do żądania od Wykonawcy modyfikacji złożonego oświadczenia JEDZ co do zaistnienia/braku przesłanek wykluczenia w taki sposób, aby było ono zgodne z oczekiwaniami czy stanowiskiem Zamawiającego, szczególnie w sytuacji, gdy Wykonawca oświadczenie co do tych okoliczności złożył w pierwotnie przedstawionym JEDZ. Biorąc pod uwagę powyższe, wobec Wykonawcy nie zachodzą żadne przesłanki wykluczenia określone przez Zamawiającego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, stąd złożone przez Wykonawcę oświadczenie w formularzu JEDZ jest prawidłowe. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania remontowego pn. Likwidacja wypływów na odcinku eksploatacyjnym Rojęczyn-Leszno (odboczki Rydzyna, Pawłowice, Leszno) oraz odboczka Poniec" prowadzonego przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 20 czerwca 2022 r. Wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, u. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i bezprawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie obowiązków wynikających z umowy nr 1000032164 z dnia 6 grudnia 2018 r. zawartej między MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, a Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie w przedmiocie: „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim" z przyczyn leżących po stronie MGGP S.A. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 lipca 2022 r. o syg. akt. KIO 1638/22 odwołanie w całości oddaliła. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż wobec Wykonawcy MGGP S.A. zachodziły przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp w związku z długotrwałym nienależytym

wykonaniem umowy nr 1000032164. Tego samego dnia, w dniu 18 lipca 2022 r. Wykonawca z własnej inicjatywy przedstawił w niniejszym postępowaniu i toczącym się równolegle postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań: Budowa gazociągów DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim w podziale na 2 części (numer postepowania: ZP/2022/04/0060/SWI) „aktualizację JEDZ". Wykonawca wyjaśnił, że przedkłada skorygowany JEDZ oraz procedurę self-cleaning w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2022 r. (KIO 1638/22) oraz dokonaną przez Izbę ocenę okoliczności wykonywania umowy z dnia 6 grudnia 2018 r. o numerze 1000032164 zawartej pomiędzy Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. a MGGP S.A. na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów - Komorowice - Oświęcim - Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów - Komorowice - Oświęcim. Wykonawca zaznaczył, że złożenie dokumentów nie stanowi uznania roszczeń Zamawiającego związanych z odstąpieniem od ww. umowy, a działania opisane w procedurze self-cleaningu zostały podjęte z ostrożności i nie oznaczają akceptacji zarzutów stawianych przez Zamawiającego. Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca przedstawił JEDZ, w który 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? udzielił odpowiedzi: „TAK" oraz załączył do JEDZ dokumenty mające potwierdzać przeprowadzenie procedury samooczyszczenia (self-cleaning). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań: Budowa gazociągów DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim w podziale na 2 części (numer postepowania: ZP/2022/04/0060/SWI) prowadzonego przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, po wykluczeniu Wykonawcy, w dniu 29.08.2022 Wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in. art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że procedura samooczyszczenia została złożona przez Wykonawcę po terminie przewidzianym na tę czynność, art. 110 ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na niezasadnym przyjęciu, że procedura samooczyszczenia podjęta przez Wykonawcę nie jest wystarczająca do wykazania jego rzetelności (..). Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 września 2022 r. o syg. akt. KIO 2252/22 odwołanie w całości oddaliła. Skład orzekający w całości wskazał na brak możliwości przyjęcia JEDZ zmodyfikowanego przez Wykonawcę po terminie wskazanym w wezwaniu Zamawiającego do poprawienia oświadczenia w JEDZ na postawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp oraz przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca w ww. wyroku na orzeczenie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 13.11.2020 r. o sygn. akt IX Ga 646/20. (.) W JEDZ wykonawca nie podał szczegółowych informacji zaznaczając odpowiedź „NIE", uznając arbitralnie, wbrew intencji prawodawcy, że nie

znajduje się w opisanej pytaniem sytuacji, bo w ugodzie sądowej ujęto zapis, że rozwiązanie umowy nastąpiło na zasadzie porozumienia stron bez winy którejkolwiek ze stron. Zdaniem Sądu obowiązkiem wykonawcy było wskazanie informacji o rozwiązanych umowach w tym celu, aby zamawiający mógł zweryfikować wystąpienie przesłanki do wykluczenia z postępowania opisanej w przepisie krajowym. Odejście od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni contra legem. Z przepisów nie wynika uprawnienie wykonawcy do oceny, czy w stosunku do niego zaszły okoliczności, które mogą skutkować jego wykluczeniem. Rubryka w JEDZ pomija element odpowiedzialności czy winy po którejkolwiek stronie umowy, a ten aspekt jest podnoszony dopiero w kolejnej rubryce JEDZ. (.) Należy zwrócić uwagę, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Wykonawcę MGGP S.A. w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia Jednolitego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w takim samym zakresie, jak w postępowaniu nr ZP/2022/04/0060/SWI, w którym MGGP wniósł ww. odwołanie. Wobec powyższego postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2022 r. o syg. akt. KIO 2252/22 odnoszą się w takim samym zakresie także do niniejszego postępowania. W związku z powyższym, oferta Wykonawcy MGGP S.A. ul. Kaczkowskiego, 633 - 100 Tarnów, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7.”

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

W myśl art. 110 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.”

Artykuł 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowi: „1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14 października 2022 r., a dotyczące wykluczenia Wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nieprawidłowo uznał samooczyszczenie złożone przez Odwołującego w dniu 18 lipca 2022 r. oraz 15 września 2022 r. jako nieskuteczne i złożone po terminie, a także niezasadnie odstąpił od oceny tego samooczyszczenia. Wskazywał również na zaniechanie wezwania Odwołującego w trybie

art. 126 ust. 3 do aktualizacji dokumentu JEDZ oraz podnosił pominięcie całokształtu okoliczności faktycznych w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Izba mając na względzie

stanowiska Stron i Przystępujących, a także ustalony w sprawie stan faktyczny, uznała że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Izba podziela w całości argumentację przedstawioną w postępowaniu odwoławczym przez Zamawiającego oraz Przystępujących, a także stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 2252/22.

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołania wskazania wymaga, że Odwołujący kwestionował uznanie za nieskuteczne samooczyszczenia przedstawionego przez Wykonawcę dwukrotnie: w dniu 18 lipca 2022 r. oraz 15 września 2022 r. wskazując, że ustawa pzp nie reguluje kwestii terminu na dokonanie samooczyszczenia, a wykonawca może je przedłożyć w każdym czasie aż do czynności wykluczenia. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie zaznaczyć należy, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. Stanowiska wyrażające odmienny pogląd i wskazujące, iż ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19, orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18), wyprowadzają powyższe tezy z braku regulacji ustawowej określającej termin końcowy do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a możliwość jej dokonania po terminie składania ofert determinują wystąpieniem nowych okoliczności faktycznych związanych z wypełnieniem się przesłanki wykluczenia.

Zauważenia wymaga, że przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp znajduje zastosowanie do kilku podstaw wykluczenia, z których każda wymaga zaistnienia skonkretyzowanych przesłanek. Powyższe przekłada się na różnorodność stanów faktycznych, w których może mieć zastosowanie procedura self - cleaningu i nie jest wykluczone, że wykonawca z uwagi na wystąpienie określonych okoliczności będzie uprawniony przedstawić podjęcie środków naprawczych również po terminie składania ofert.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały żadne okoliczności w świetle wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, które uzasadniałaby i pozwalały Odwołującemu na skuteczne przedstawienie procedury samooczyszczenia po upływie terminu na złożenie dokumentu JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Podkreślenia wymaga, że w sprawie nie było sporne, że Odwołujący znajduje się w sytuacji wypełniającej przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem XII ust. 1 Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia w postaci Jednolitego dokumentu. Złożenia tego oświadczenia Zamawiający żądał od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Ponadto, bezsporne było, że Odwołujący zarówno na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, jak i po umożliwieniu przez Zamawiającego ponownego złożenia dokumentu JEDZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, dwukrotnie 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?” udzielił odpowiedzi: „NIE”. W ocenie Izby, udzielenie odpowiedzi negatywnej na powyższe pytanie oraz nieprzedstawienie samooczyszczenia do upływu terminu wskazanego przez Zamawiającego w ponownym wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp musiało skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania i uznaniem za nieskutecznych kolejnych prób aktualizowania JEDZ.

Odwołujący wyprowadzał możliwość złożenia self-cleaningu na późniejszym etapie postępowania z niekorzystnego dla Wykonawcy wyroku KIO z dnia 18 lipca 2022 r. o sygn. KIO 1638/22 oraz z okoliczności zawarcia porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. Powyższe okoliczności nie stanowią jednak żadnego uzasadnienia dla uznania za skuteczne samooczyszczenia złożonego dnia 18 lipca 2022 r. oraz 15 września 2022 r., gdyż przesłanki powodujące wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp były już Wykonawcy znane na moment składania pierwszego dokumentu JEDZ w postępowaniu. Jak słusznie podnosił Zamawiający i Przystępujący, być może spowodowały one odmienną ocenę przez Odwołującego zdarzeń związanych z odstąpieniem od umowy nr 1000032164 z dnia 6 grudnia 2018 r. ale nie zmieniały samej okoliczności tego odstąpienia, a tym samym wypełnienia się przesłanki wykluczenia. Niewątpliwie wyrok KIO z lipca 2022 r. stanowił wyłącznie ocenę prawną odstąpienia od umowy w kontekście wystąpienia konkretnej podstawy wykluczenia i nie zmienił sytuacji Wykonawcy ani okoliczności związanych z tym odstąpieniem. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 2252/22, iż „sytuacja faktyczna Wykonawcy istniejąca tak na dzień składania pierwszego oświadczenia w JEDZ, jak również na moment jego utrzymania na wezwanie Zamawiającego, a następnie skorygowanego z inicjatywy samego Wykonawcy, nie uległa zmianie. W szczególności takiej zmiany nie determinował wyrok KIO z lipca 2022 r., który wyłącznie zawierał ocenę prawną w kontekście wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Okoliczności dotyczące wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego nie uległy na skutek tego wyroku zmianie, a sama ocena organu orzekającego w żaden sposób nie wpływała na możliwość wypełnienia oświadczenia w JEDZ zgodnie z instrukcją.” Izba mając na względzie podobieństwo stanów faktycznych w postępowaniu odwoławczym KIO 2252/22 oraz w niniejszej sprawie, w całości podziela argumentację przedstawioną w uzasadnieniu ww. wyroku i przyjmuje ją za własną. W tym kontekście, również przywoływana przez Odwołującego ugoda z sierpnia 2022 r. nie uzasadniała dokonania zmiany oświadczenia JEDZ oraz uznania za skuteczne samooczyszczenia złożonego w dniu 15 września 2022r. Porozumienie, jak słusznie wskazywał Zamawiający, regulowało wyłącznie skutki wcześniejszego odstąpienia od umowy, tj. kwestie winy oraz rozliczenia finansowe, ale nie kreowało i nie mogło zmienić zdarzeń związanych z tym odstąpieniem.

Mając powyższe na względzie, ostatecznym terminem w okolicznościach niniejszej sprawy, na skuteczne złożenie samooczyszczenia i skorygowania dokumentu JEDZ był upływ terminu wskazanego w wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający wyszedł niejako naprzeciw Wykonawcy i umożliwił zmianę pierwotnie złożonego oświadczenia, pomimo że okoliczności związane z odstąpieniem od umowy były już Odwołującemu znane w momencie składania JEDZ na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i stanowi uporządkowany ciąg czynności (art. 7 pkt 18 ustawy pzp). Umożliwienie Wykonawcy przedstawienia samooczyszczenia na każdym jego etapie, pomimo świadomości Wykonawcy co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania pierwotnego JEDZa, niewątpliwie prowadziłoby do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut 2 odwołania braku dokonania oceny przez Zamawiającego samooczyszczenia z dnia 18 lipca 2022 r. oraz z dnia 15 września 2022 r. W ocenie Izby, Zamawiający właściwie odstąpił od przeprowadzenia tej oceny, gdyż z uwagi na złożenie samooczyszczenia na późniejszym etapie postępowania, po upływie terminu określonego przez Zamawiającego w wezwaniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, self-cleaning musiał zostać uznany za nieskuteczny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu 3 odwołania wskazania wymaga, że w przedmiotowej sprawie art. 126 ust. 3 ustawy pzp nie mógł znaleźć zastosowania.

Odwołujący podnosił w tym zakresie, że orzeczenie KIO z lipca 2022 r., jak również zawarcie porozumienia w dniu 2 sierpnia 2022 r. spowodowało konieczność aktualizacji dokumentu JEDZ i determinowało po stronie Zamawiającego wystąpienie z wezwaniem w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp. Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Dyspozycja art. 126 ust. 3 ustawy pzp odnosi się do podmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawcę najwyżej ocenionego, które z jakichś powodów w uznaniu zamawiającego w trakcie postępowania stały się nieaktualne. Dokument JEDZ w świetle art. 125 ust. 3 ustawy pzp stanowi oświadczenie - dowód, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Artykuł 7 pkt 17 wyraźnie wyłącza ww. oświadczenie z definicji podmiotowych środków dowodowych, a jego uzupełnienie jest możliwe w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp („1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych (...)”). W ocenie Izby,

sposób skonstruowania przepisów wyłącza możliwość przedstawienia zaktualizowanego dokumentu JEDZ w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp.

Niezależnie jednak od powyższej oceny, w przedmiotowej sprawie nie zachodziły okoliczności, które determinowałyby po stronie Zamawiającego uznanie wcześniejszych oświadczeń za nieaktualne. Jak już zostało podniesione, aktualizacji nie uzasadniała ocena prawna odstąpienia w kontekście przesłanki wykluczenia dokonana w wyroku KIO z lipca 2022 r. ani zawarcie porozumienia z sierpnia 2022 r. Żadna z tych okoliczności nie powodowała bowiem zmiany zdarzeń związanych z odstąpieniem od umowy nr 1000032164. Zdarzenia te były Odwołującemu znane w chwili składania pierwotnego dokumentu JEDZ i są istotne w kontekście wypełnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Dla jej wystąpienia nie jest wymagana ocena odstąpienia przez organ orzekający czy też zawarcie przez strony ugody. Istotna jest wyłącznie okoliczność, że z przyczyn leżących po stronie wykonawcy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego 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. O tych zdarzeniach Odwołujący miał wiedzę składając pierwsze oświadczenie JEDZ i zdarzenia te nie mogły następnie ulec dezaktualizacji. Odwołujący dwukrotnie podtrzymał decyzję, iż nie podlega wykluczeniu, a zmiana oceny własnej Wykonawcy wcześniejszych zdarzeń związanych z odstąpieniem od umowy nie uzasadniała kolejnego wezwania ze strony Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 3 ustawy pzp.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Przepis ten ustanawia po stronie zamawiającego obowiązek informacyjny, przekazania wykonawcom uzasadnienia dokonanych czynności, co stanowi wyraz zasady przejrzystości oraz zasady jawności. Uzasadnienie faktyczne i prawne czynności ma niewątpliwie istotne znaczenie dla podjęcia decyzji o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej i właściwego sformułowania zarzutów oraz wskazania okoliczności faktycznych uzasadniających ich podniesienie.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Izba zauważa, że uzasadnienie faktyczne

1 prawne odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia w trybie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w sposób szczegółowy opisuje okoliczności faktyczne wypełniające przesłankę wkluczenia, a tylko w takim zakresie Zamawiający był zobowiązany spełnić obowiązek informacyjny. Jak już wskazano, zawarcie porozumienia z dnia 2 sierpnia 2022 r. nie miało żadnego wpływu na wystąpienie przesłanki wykluczenia w związku z odstąpieniem od umowy, a więc pominięcie tej okoliczności w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie mogło stanowić uchybienia. Co więcej, jak wynika z treści odwołania, Odwołujący nie został w ten sposób pozbawiony możliwości właściwego skonstruowania zarzutów oraz przytoczenia okoliczności uzasadniających ich podniesienie.

Mając powyższe na względzie, nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania o charakterze wynikowym. Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt

2 lit. a odrzucił ofertę Wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2809/22 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....