Sygn. akt: KIO 620/23

WYROK z dnia 22 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Agrobex Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań, Agrobex

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań

przy udziale

Wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.951 zł 64 gr. (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów strony w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

Sygn. akt: KIO 620/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w trybie podstawowym bez negocjacji na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym w Poznaniu na polu inwestycyjnym 7MW (sygn. postępowania: ZP-

18/PN/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.12.2022 r., 2022/S 236-680982, wobec czynności z 22.02.2023 r. polegającej na wyborze oferty

najkorzystniejszej (Budimex), Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Agrobex Budownictwo Sp. z o.o. i Agrobex Sp. z o.o. (Odwołujący) wnieśli w dniu 06.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 620/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex mimo, iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania (zataił informację o wprowadzeniu w błąd zamawiających również w innych postępowaniach niż wskazane w wyjaśnieniach do JEDZ złożonych do art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp) lub w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie, w jakim Budimex w złożonym JEDZ oraz wyjaśnieniach do JEDZ nie wskazał wszystkich przypadków, w których doszło do wprowadzenia zamawiających w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie występowania przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z zaniechaniem poinformowania zmawiających o tym, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie

wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,

odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i c Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex mimo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie tzw. samooczyszczenia w zakresie wskazania wszystkich przypadków, w których doszło wprowadzenia zamawiających w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, jak również złożone wraz z JEDZ oraz w toku postępowania

wyjaśniającego w zakresie podlegania wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp są niewystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy Budimex;

3. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex mimo, iż wykonawca ten podlegała wykluczeniu z postępowania, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w samooczyszczeniu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, przedstawił niepełny stan faktyczny w zakresie okoliczności związanych z przesłankami podlegania wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzającego Zamawiającego w błąd ww. zakresie, a które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie wykluczenia z postępowania – wykonawca w sposób lakoniczny, a zatem niewystraczający w kontekście art. 110 ust. 2 i 3 Pzp opisał okoliczności związane z nieprawidłowościami przy realizacji zamówień;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i c Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex mimo, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie (wraz z ofertą) tzw. samooczyszczenia w zakresie wyjaśnienia okoliczności wykluczenia wykonawcy przez zamawiającego – Správa Železnic z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na dworcu kolejowym Lovosice".

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie Budimex z postępowania i odrzucenie jego oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na dokumenty złożone przez Budimex w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o fakultatywne przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Ustawy Pzp. Wraz z ofertą Wykonawca złożył oświadczenie w JEDZ, w którym udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące podstaw wykluczenia potwierdzając okoliczności mogące prowadzić do jego wykluczenia, jednocześnie prezentując w załączonych do oferty dokumentach szczegółowy opis. W dniu 31.01.2023 r. Budimex przedstawił z własnej inicjatywy aktualizację wyjaśnień w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w odniesieniu do wykluczenia wykonawcy z postępowania Lovosice.

W oparciu o te dokumenty Odwołujący uznał, iż oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z brakiem wskazania wszystkich przypadków, w których wykonawca wprowadził zamawiających publicznych w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10. O tym, iż w trzech postępowaniach Wykonawca wprowadził zamawiających w błąd rozstrzyga ostatecznie wyrok z dnia 14.03.2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 449/22, jednak pomimo tego rozstrzygnięcia Budimex w kolejnych dwóch postępowaniach miał nie informować o okolicznościach związanych z naliczeniem kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy zawartej z Miastem Tarnów na „Budowę Centrum Przygotowań Paraolimpijskich – Przebudowa Hali Sportowo-Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a". Odwołujący na rozprawie ograniczył zarzut w tym zakresie do wskazania dwóch zamawiających, którzy mieli zostać wprowadzeni w błąd oświadczeniami składanym w postępowaniu, tj.: na „Rozbudowa DW 878 na odcinku od granicy miasta Rzeszowa (ul. Lubelska) do DW 869 (data składania ofert 12.01.2022 r.; data wyboru oferty Budimex 07.03.2022 r.; data zawarcia umowy 20.05.2022 r.) oraz obecny Zamawiający w postępowaniu na zadanie: „Budowa zespołu budynków mieszkalnych na polu inwestycyjnym 6MW przy ul. Literackiej w Poznaniu" (sygn. 7/PN/2022). W postępowaniach tych zamawiający zastrzegli w dokumentacji zastosowanie przesłanek wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp. Zamawiający zostali wprowadzeni w błąd przez Budimex, gdyż Wykonawca powinien był przyznać się w JEDZ do nieprawidłowości w ramach realizacji umowy na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa. W konsekwencji, powinien był przyznać się w ramach przedmiotowego postępowania, że wprowadził ww. zamawiających w błąd i uwzględnić ww. przypadki wypełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w ramach samooczyszczenia złożonego w obecnie prowadzonym postępowaniu. Samooczyszczenie dokonane w sposób wybiórczy, tj. ograniczone do trzech postępowań, w których Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, nie można uznać za skuteczne. Odwołujący wskazał na szkodę, jaką mieli ponieść zamawiający, gdyż zostali pozbawieni możliwości zbadania rzetelności Budimex jako wykonawcy, a finalnie doszło do zawarcia umowy. W efekcie również w niniejszym postępowaniu Zamawiający otrzymał niepełne informacje o wszystkich okolicznościach

faktycznych, co samo w sobie powinno stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym, wykluczenie Budimex z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, w ocenie Odwołującego jest zasadne i konieczne. Co więcej, zasadne jest również uznanie, że procedura samooczyszczenia przeprowadzona przez Budimex była niewystarczająca, bowiem mimo jej formalnego przeprowadzenia wykonawca w dalszym ciągu podaje niepełne informacje co do przesłanek wykluczenia, jak również z uwagi na fakt, że dotyczy ona art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a nie wdrożenia środków naprawczych związanych z faktem wprowadzenia zamawiających w błąd.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący odniósł się do procedury self-cleaningu w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wskazując na wybrany fragment ze str. 19 dokumentu, opisujący w jego ocenie w sposób ogólny przypadki naliczenia kar umownych. Taki sposób przedstawienia informacji uniemożliwia weryfikację rzetelności Wykonawcy oraz prawdziwości składanych przez niego oświadczeń. Zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp Wykonawca powinien szczegółowo opisać okoliczności faktyczne związane z naliczeniem kar umownych (opisać w odniesieniu do każdej umowy na czym konkretnie polegały nieprawidłowości), określić ich wysokość oraz wskazać czy szkoda została naprawiona, a jeżeli tak to w jaki sposób. Zasygnalizowanie faktu naliczenia kar umownych nie powinno być uznane za skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Odwołujący wskazał na niepełną informację dotycząca kar umownych naliczonych na kontrakcie dotyczącym budowy nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów, w której pominięto karę w wysokości 7.489.193,82 zł z tytułu zwłoki w podpisaniu Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji – kara naliczona w dniu 20 maja 2021 r.

Ponadto, zastrzeżenie Odwołującego budzi procedura w jakiej Budimex uzupełnił po terminie składania ofert informacje o wykluczeniu go w dniu 28.11.2022 r. z postępowania Lovosice na podstawie art. 48 ust. 2 lit a i c czeskiej ustawy nr 134/2016 o zamówieniach publicznych, w którym złożył ofertę w konsorcjum. Informacja do Zamawiającego została przekazana w dniu 31.01.2023 r., co należy uznać za spóźnione, gdyż okoliczności te były znane Budimex w dniu składania oferty (24.01.2023 r.). W dniu 30.01.2023 r. miały zostać wdrożone środki naprawcze, która to procedura w ocenie Odwołującego jest niewystarczająca w kontekście art. 110 ust. 2 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 20.03.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex S.A. W piśmie z dnia 21.03.2023 r. Wykonawca odniosło się do zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym treść swz, oświadczenia i dokumenty składane przez Budimex w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdecydował o wprowadzeniu przesłanek fakultatywnych wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 (rozdział IX ust. 4 swz).

W związku z powyższym wykonawcy w formularzu JEDZ wypełniali część dotyczącą przesłanek związanych z oceną podmiotową wykonawcy, udzielając odpowiedzi na pytania:

1. „czy wykonawca wedle własnej wiedzy naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego, prawa pracy?";

2. „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsze umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone został odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?";

3. „czy wykonawca może potwierdzić, że:

a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) nie zataił tych informacji;

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

d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję

zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub w skutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?".

Budimex w formularzu JEDZ na powyższe pytania udzielił odpowiedzi:

1. „tak" opis okoliczności w osobnym pliku;

2. „tak" – dokumenty w załączeniu do oferty;

3. „Nie" – dokumenty w załączeniu do oferty.

W dniu 31.01.2023 r. Budimex uzupełnił informacje i przedstawił aktualizację wyjaśnień w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy w zakresie postępowania Lovosice i decyzji o wykluczeniu go z tego postępowania.

W sprawie okoliczności faktyczne związane z oświadczeniami Budimex składanymi w tym i innych postępowaniach zasadniczo nie budzą wątpliwości, co należy odnieść tak do stwierdzenia, iż Budimex potwierdza fakt wykluczenia go w lutym i marcu 2022 r. z trzech postępowań prowadzonych przez oddziały GDDKiA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, tj. na „Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń odcinek 1od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowo wraz z rozbudową DK25" (Oddział w Bydgoszczy); „Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, Odcinek II Morawica – Wola Morawicka (realizacja w systemie Projektuj i Buduj)" (Oddział w Kielcach); „"Projekt i budowa drogi ekspresowej S-10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec" (Oddział w Bydgoszczy). Za wprowadzające w błąd tych zamawiających uznane zostało oświadczenie w JEDZ dotyczące przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, w którym wykonawca nie potwierdził swojej odpowiedzialności za naruszenia do jakich doszło na kontrakcie z Urzędem Miasta Tarnowa na „Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich – Przebudowa Hali Sportowo – Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a", w którym naliczona została kara umowa z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Prawidłowość decyzji o wykluczeniu Budimex z postępowania potwierdził wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 449/22 z 14.03.2022 r. Mając na uwadze okres 3 lat przedawnienia liczony od dnia nałożenia kary umownej, co miało miejsce 16 czerwca 2019 r., informacje o wystąpieniu zdarzenia wypełniającego przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy powinny być przekazywane zamawiającym do 15 czerwca 2022 r.

Nie budzi również sporu, iż w dwóch wskazanych przez Odwołującego przetargach Budimex nie przyznał się do faktu naliczenia kary umownej za Halę Jaskółka, co dotyczyć ma postępowań na „Rozbudowa DW 878 na odcinku na granicy miasta Rzeszowa (ul. Lubelska) do DW 869 (termin składani ofert 21.01.2022 r., data wyboru oferty Budimex 7.03.3022 r., data zawarcia umowy 20.05.2022 r.) oraz prowadzonego przez obecnego Zamawiającego postępowania na „Budowa zespołu budynków mieszkalnych na polu inwestycyjnym 6MW przy ul. Literackiej w Poznaniu" (nr. ZP-7/PN/2022). W tych postępowaniach Budimex nie był wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy za wprowadzenie zamawiających w błąd przy przedstawianiu informacji o braku podstaw do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

W oświadczeniu złożonym Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu Budimex w wyjaśnieniach do formularza JEDZ odniósł się szczegółowo do przypadków, które mogą

prowadzić do wykluczenia z postępowania. Nie przedstawił natomiast informacji o tym, iż miał wprowadzić w błąd we wskazanych powyżej dwóch postępowaniach, w których zamawiający nie mieli wiedzy o naliczonej karze umownej za Halę Jaskółka.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Wskazane w podstawie faktycznej zarzutów okoliczności mają wskazywać, iż wprowadzenie Zamawiającego w błąd w obecnym postępowaniu miało być wynikiem braku podania w dokumencie załączonym do JEDZ, iż w dwóch postępowaniach wprowadził zamawiających w błąd nie informując o przyczynach, które skutkować powinny wykluczeniem na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. W tych postępowaniach wykonawca nie został wykluczony, gdyż zamawiający nie mieli wiedzy o zdarzeniach, które wyczerpywać miały przesłankę do wykluczenia z postępowania, uwzględniając okoliczność, iż wykonawca podlega wykluczeniu w okresie 3-letniego przedawnienia (do 15.06.2022 r.). Zatajenie w samooczyszczeniu wprowadzenia w błąd również innych zamawiających, w ocenie Odwołującego, stanowi o zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie wykonawcy, dotyczy informacji ocenianych pod kątem przesłanek wykluczenia i miało istotny wpływ na decyzje. Ponadto, w zakresie selfcleaningu do przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Budimex miał w sposób bardzo ogólny wskazać na naliczenie kar umownych, określając je jako „pomijalne", co uniemożliwiało weryfikację rzetelności Wykonawcy oraz prawdziwości składanych przez niego oświadczeń. Wykonawca miał również pominąć karę za opóźnienie w podpisaniu protokołu przejęcia bloku energetycznego Turów do eksploatacji. Kolejna okoliczność dotyczy uzupełnienia samooczyszczenia w zakresie sprawy Lovosice i decyzji zamawiającego czeskiego o wykluczeniu z postępowania z 28.11.2022 r., już po terminie składania ofert, co zdaniem Odwołującego należy ocenić, jako działalnie spóźnione i nieskuteczne.

W ocenie składu orzekającego, żadna z okoliczności podniesionych w odwołaniu nie mogła prowadzić do stwierdzenia, iż Zamawiający w obecnym postępowaniu miał dopuścić się naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Odnosząc się do rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd treścią oświadczeń składanych w JEDZ wraz z wyjaśnieniami, w sprawie nie budziło zastrzeżeń, że udzielając odpowiedzi w JEDZ na pytania związane z przesłankami wykluczenia z postępowania Budimex przyznał się do wystąpienia opisanych w pytaniach zdarzeń, prezentując

szczegóły w załączonych do oferty wyjaśnieniach. Odwołujący w tym zakresie nie odnosił się do opisanych w dokumentach sytuacji, wskazując na brak przyznania się Wykonawcy do wprowadzenia w błąd w innych postępowaniach, w których w jego ocenie Budimex powinien był przyznać się do odpowiedzialności kontraktowej i kary umownej naliczonej za zwłokę w realizacji Hali Jaskółka.

W tym zakresie należy wskazać, iż odwołanie wnoszone jest na czynności i zaniechania zamawiającego w danym postępowaniu, tymczasem zarzuty prowadziłyby do konieczności oceny przez skład orzekający, czy w innych postępowaniach doszło do wprowadzenia zamawiających w błąd, co powinno prowadzić do wykluczenia Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Odwołujący przyjął wprawdzie, iż to obecny Zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd, ale podstawą dla tego twierdzenia jest uznanie, że w dwóch innych przetargach Budimex miał wprowadzić tych zamawiających w błąd, do czego miał się przed Zamawiającym nie przyznać. Odwołujący wskazując na rozstrzygnięcie w sprawie sygn. akt KIO 449/22 wywodził możliwość stwierdzenia, iż Budimex zobowiązany był w okresie przedawnienia naruszenia obowiązków kontraktowych do podawania informacji, które mogą rzutować na ocenę rzetelności wykonawcy w postępowaniach. W ocenie składu orzekającego, nie jest dopuszczalne przyjęcie, iż orzeczenie w sprawie KIO 449/22 rozstrzyga na przyszłość i we wszystkich postępowaniach o prawidłowości oświadczeń składanych przez Budimex i poprawności decyzji o braku lub wykluczeniu na tej podstawie wykonawcy z postępowań przetargowych. Tym samym nie można w oparciu o ten wyrok przesądzić, iż doszło do wprowadzenia innych zamawiających w błąd przez brak podania informacji o naliczeniu kary umownej na Budimex. Skład orzekający rozstrzyga odwołanie na czynności danego zamawiającego w konkretnym postępowaniu przetargowym i nie może odnosić się do prawidłowości decyzji innych zamawiających i rozstrzygnięć w innych postępowaniach, które nie były poddane wcześniejsze analizie w ramach środków odwoławczych. Oceniając przesłanki wykluczenia danego wykonawcy z postępowania należy oceniać stan faktyczny istniejący w danym postępowaniu, co nie może obejmować okoliczności, które dotyczyć miały innych zamawiających i nie zostały one potwierdzone wyrokiem, lub ostateczną decyzją zamawiających o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Zamówień Publicznych w Warszawie, który w orzeczeniu z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 156/21 podkreślił, iż rolą Izby nie jest ocena zdarzeń, jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach, co do których nie składano nawet odwołania. Zarzuty te były obecnie spóźnione. Ocena zachowania podmiotów w powiązaniu z zaniechaniami zamawiającego w danym postępowaniu jest możliwa wyłącznie w danym postępowaniu przetargowym. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby spowodować brak pewności obrotu gospodarczego, a w przetargach publicznych mogłoby całkowicie zaburzyć funkcjonowanie danych podmiotów na rynku.

Przenosząc powyższe tezy na stan badanej sprawy skład orzekający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający został wprowadzony w błąd oświadczeniami składanymi w postępowaniu. Samo wskazanie na uchybienia do jakich miałby się dopuścić

Budimex w innych postępowaniach nie mogło mieć znaczenia dla oceny czynności i decyzji o wyborze oferty w obecnym postępowaniu. Ponadto, na obecnym etapie, jak również w momencie składania oferty w obecnym postępowaniu okoliczności dotyczące odpowiedzialności kontraktowej Budimex-u za uchybienia w realizacji umowy na Halę Jaskółka, z uwagi na upływ okresu przedawnienia, co nastąpiło 15.06.2022 r., nie mają żadnego znaczenia prawnego w kontekście oceny rzetelności tego wykonawcy na potrzeby weryfikacji podmiotowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym przyjęcie konstrukcji zarzutu, w którym Odwołujący stwierdza możliwość wprowadzenia w błąd w zakresie oświadczenia związanego z przesłanką wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co do którego nie jest możliwe przyjęcie odpowiedzialności rzutującej na ocenę wiarygodności wykonawcy, nie może prowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy. Ponownie należy podkreślić, iż skład orzekający może stwierdzić, czy doszło do wprowadzenia w błąd w danym postępowaniu, co w niniejszej sprawie nie było możliwe bez stwierdzenia, że do wprowadzenia w błąd doszło w innych postępowaniach przetargowych, w których oświadczenia Budimexu nie były kwestionowane. Tym samym skład orzekający musiałby się odnieść do okoliczności związanych z brakiem przekazania informacji o karze umownej, oceną w jaki sposób mogło mieć to znaczenie dla oceny oferty, przy uwzględnieniu następczego – względem decyzji o wyborze oferty Budimex, rozstrzygnięcia w sprawie KIO 449/22., do czego odnosił się Odwołujący w piśmie procesowym z 22.03.2022 r. Są to okoliczności wykraczające poza stan faktyczny sprawy w postępowaniu, w którym odwołanie jest wniesione i nie mogą być wzięte pod uwagę w świetle art. 552 ust. 1 Ustawy.

Odnosząc się natomiast do skuteczności procedury samooczyszczenia w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy skład orzekający uznał, iż Odwołujący nie wykazał, aby okoliczności dotyczące kar umownych naliczonych na kontraktach realizowanych przez Budimex wyczerpywały przesłankę do wykluczenia z postępowania, a tym samym, iż konieczne było przeprowadzenie procedury self-cleaningu. Tym samym również ocena wyjaśnień dotyczących zdarzeń, które nie wymagają podjęcia procedury samooczyszczenia nie może prowadzić do naruszenia art. 110 ust. 2 Ustawy. Odwołujący przyznaje w piśmie procesowym, iż faktycznie wyjaśnienia złożone w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie mają charakteru typowego samooczyszczenia, a stanowią bardziej opis historii kontraktowej Budimex i związanej z tą historią nieprawidłowościami (…) Odwołujący nie wskazuje, że Budimex nie przeprowadził typowego self-cleaningu z uwzględnieniem np. wdrożenia środków naprawczych – nie to jest istotą zarzutów. Istotą zarzutów jest brak przedstawienia wszystkich okoliczności faktycznych i niewskazanie w dokumencie złożonym wraz z ofertą wszystkich przypadków, w których doszło do nieprawidłowości. Odwołujący podnosił w tym

zakresie brak precyzji i skąpość danych dotyczących szczegółowego opisu zdarzenia, które doprowadziło do naliczenia karu umownej w wysokości przekraczającej 7 mln za zwłokę w podpisaniu protokołu przejęcia bloku w Elektrowni w Turowie.

Odwołujący nie podjął się wykazania wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy pozwalających na stwierdzenie, iż zachodzi podstaw do samooczyszczenia w zakresie wskazanej kary umownej. Sama notyfikacja

zdarzeń nie może przesądzać o tym, czy naliczoną dla umowy Turów karę za opóźnienie w podpisaniu protokołu odbioru należało traktować, jako odszkodowanie. Ponieważ na odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności twierdzeń o naruszeniu przepisów Ustawy, przy braku inicjatywy dowodowej, skład orzekający nie ma podstaw do przyjęcia stanowiska Odwołującego. Odnosząc się wyłącznie do kwestii wykładni prawa należy podkreślić, iż zarzut naruszenia art. 110 ust. 2 Ustawy nie może być podstawą żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli nie zachodzi obowiązek samooczyszczenia, a ten powiązany jest wprost z przesłankami wykluczenia z postępowania (patrz wyrok SO w Warszawie, XXIII Zs 71/22). Nie można zatem formułować wytycznych dla oceny wyjaśnień, które nie stanowią typowego self-cleaningu.

Skład orzekający nie przyjął również, jako wystarczającego dla stwierdzenia nieskuteczności procedury samooczyszczenia w zakresie w jakim Budimex uzupełnił informacje po złożeniu oferty w zakresie informacji o wykluczeniu go z postępowania w przetargu Lovosice, twierdzenia o bezwzględnej konieczności złożenia tych informacji już w ofercie. Budimex przekazując z własnej inicjatywy informacje aktualizujące jego sytuację prawną dołożył staranności w tym, aby zapewnić dostęp do informacji o wykluczeniu go z postępowania. Procedura samooczyszczenia stanowi element weryfikacji podmiotowej wykonawcy i podlega regułom dotyczącym składania i uzupełninia dokumentów i oświadczeń. Co istotne oświadczenie w JEDZ pozostaje aktualne, co do udzielonych odpowiedzi. Również stanowisko Odwołującego w zakresie aktualizacji informacji nie jest konsekwentne. Sam w treści odwołania przyznaje, iż taka możliwość jest dopuszczalna, gdyby do wykluczenia wykonawcy doszło na kilka dni przed terminem składania ofert, co miałoby uzasadniać późniejsze przesłanie informacji aktualizującej. Ponadto, w odniesieniu do argumentów podnoszonych w zakresie wcześniejszych zarzutów Odwołujący dopuszczał możliwość uzupełnienia informacji mogących wpływać na ocenę wiarygodności wykonawcy nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, aby uzupełnienie dokumentów dokonane w trakcie weryfikacji podmiotowej wykonawcy, samo w sobie stanowiło przeszkodę do przyjęcia uzupełnionych dokumentów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty Zamawiającego w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Odwołującego w całości.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..