

Sygn. akt: KIO 744/23

WYROK z dnia 31 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez Odwołującego – Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B. Spółka jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Katowice, Katowickie Inwestycje Spółka Akcyjna, ul. Wandy 6, 40-322 Katowice

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- Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B. Sp. j. 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 oraz kwotę 4.545 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy) tytułem kosztów Zamawiającego,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.545 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę i opłaty skarbowej.

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 744/23

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Katowice, w imieniu i na rzecz którego działa Katowickie Inwestycje S.A. z siedzibą w Katowicach, w trybie podstawowym bez negocjacji na budowę nowych układów drogowych dla skomunikowania terenów o funkcjach mieszkaniowych i usługowych w mieście Katowice (sygn. postępowania: KISA/ZIR/PN/23/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.08.2022 r., 2022/S 153-436159, wobec czynności z 07.03.2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Budimex), Wykonawca Firma Handlowo-Usługowa S. B. Sp. j. z siedzibą w Gdowie (Odwołujący) wniósł w dniu 17.03.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 744/23).

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 lub 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Budimex z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten, działając w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności, wprowadził Zamawiającego w błąd nie informując (zatajając) w oświadczeniu o aktualności informacji z JEDZ z 2.01.2023 r. o tym, że dnia 28 listopada 2022 r. został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na dworcu kolejowym Lovosice” prowadzonego przez Správa Železnic, co doprowadziło do wyboru oferty Budimex, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a zatem spełnione zostały wszystkie przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, co czyni zasadnym odrzucenie oferty złożonej przez Budimex;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, pomimo tego, że wykonawca ten przyznał się, że wprowadził Zamawiającego w błąd składając zawierającą nieprawdziwą informację oświadczenie o aktualności informacji w JEDZ, spełniły się w stosunku do Budimex wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, co czyniło zasadnym (w celu uniknięcia odrzucenia oferty) wdrożenie procedury samooczyszczenia, jak również poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo iż procedura samooczyszczenia wdrożona i przeprowadzona przez ww. wykonawcę w odniesieniu do przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp jest niewystarczająca w świetle wymagań określonych w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, a tym samym Budimex podlega wykluczeniu na tej podstawie prawnej;

3. art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez nieuzasadnione zaakceptowanie procedury samooczyszczenia załączonej do pisma z dnia 2.02.2023 r.,

podczas gdy procedura ta nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp (w szczególności w kontekście przeprowadzonych już przez Budimex procedur samooczyszczenia również związanych z podawaniem nieprawdziwych informacji); a w konsekwencji

4. art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Budimex z postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako 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, a w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych o aktualności informacji przedstawionych w JEDZ. Wykonawca nie przedstawił informacji o wykluczeniu go z postępowania pn. „Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na dworcu kolejowym Lovosice”, w którym złożył ofertę w Konsorcjum ze spółką VIAMONT Servis a.s z siedzibą w Marakova.

Pismem z dnia 2.02.2023 r. (trzy dni po wpłynięciu odwołania w sprawie KIO 279/23 na wybór oferty Budimex) Budimex przekazał Zamawiającemu informacje o wykluczeniu go z postępowania w przetargu Lovosice z uwagi na wprowadzenie czeskiego zamawiającego w błąd i przedłożył dokumenty stanowiące samooczyszczenie związane z tym wykluczeniem. Zamawiający, po oddaleniu odwołania wyrokiem KIO z 15.02.2023 r., pismem z 22.02.2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej uznając, że pismo z 2.02.2023 r. generuje konieczność ponownego badania oferty Budimex. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 110 Pzp i po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Budimex w piśmie z 1.03.2023 r. dokonał ponownie wyboru oferty tego Wykonawcy.

W oparciu o te dokumenty Odwołujący uznał, iż oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z brakiem wskazania na przetarg Lovosice, co miałyby uzasadniać uznanie, iż wprowadził Zamawiającego w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10. Składając dokumenty podmiotowe oraz oświadczenie o aktualności informacji podanych w JEDZ Budimex nie przedstawił informacji dotyczących przetargu Lovosice (2.01.2023 r.), chociaż wykluczenie go z postępowania było faktem od ok. 5 tygodni (decyzja była już prawomocna).

W ocenie Odwołującego późniejsze działania Budimex (przekazanie informacji wraz z samooczyszczeniem) nie powinny mieć znaczenia dla oceny oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Całokształt okoliczności przedstawionych w ramach samooczyszczenia sprowadza się do tego, aby uniknąć na czeskim rynku sytuacji analogicznych do zaistniałej w przetargu Lovosice. Według Odwołującego, chcąc uniknąć wykluczenia z postępowania powinien przeprowadzić samooczyszczenie na potrzeby polskiego procesu ofertowego. Następnie Odwołujący odniósł się do nieskuteczności samooczyszczenia dołączonego do JEDZ w zakresie przypadków wprowadzenia polskich zamawiających w błąd oraz niedostatecznym wdrożeniu mechanizmów, które miałyby czynić samooczyszczenie adekwatnym w kontekście art. 110 ust. 2 Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 29.03.2023 r.).

Zamawiający odnosząc się do istoty zarzutów wskazał na różnice w brzmieniu podstaw wykluczenia z postępowania w przepisach czeskiej ustawy nr 134/2016 oraz Ustawy Pzp, które miałyby uzasadniać wniosek, iż wykluczenie w oparciu o przepisy art. 48 ust. 2 lit. a i c ustawy czeskiej nie oznacza, iż doszło do sytuacji wyczerpującej przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy Pzp. Tym samym okoliczności dotyczące przetargu Lovosice nie musiały być wykazane, gdyż w ocenie komisji przetargowej, z uwagi na różnice w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawca Budimex S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania. W tym stanie rzeczy również procedura samooczyszczenia nie była konieczna. W ocenie Zamawiającego, w tych okolicznościach brak poinformowania go o okolicznościach dotyczących przetargu Lovosice w dacie 2 stycznia 2023 r., nie miał i nie mógł mieć wpływu na dokonaną ocenę oferty, a tym samym skutkować wprowadzeniem Zamawiającego w błąd prowadzącym do wykluczenia z postępowania. W dacie złożenia oświadczenia aktualizującego informację w JEDZ decyzja czeskiego zamawiającego uprawomocniła się, co nastąpiło z upływem terminu na wszczęcie postępowania przed Urzędem Ochrony Konkurencji (30.12.2022 r.). Wykonawca dopiero od tego momentu mógł przedsięwziąć kroki w celu wdrożenia procedury samooczyszczenia. W ocenie Zamawiającego, podjęte działania, szczególnie związane z wprowadzeniem procedur weryfikacji dokumentów i oświadczeń pochodzących od podmiotów trzecich, a także zerwanie relacji z podmiotem, którego działania w istocie skutkowały wykluczeniem Budimex z przetargu Lovosice, były adekwatne do okoliczności tej sprawy i właściwe dla osiągnięcia pozytywnego efektu

na przyszłość.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex S.A. W piśmie z dnia 29.03.2023 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 II pkt 8 swz).

W związku z powyższym wykonawcy wraz z ofertą składali formularz JEDZ w zakresie wskazanym w rozdziale II pkt 7 i 8, który stanowił dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępując wymagane podmiotowe środki dowodowe (rozdział II pkt 9 swz). W sytuacji wyczerpującej przesłanki do wykluczenia, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy wykonawcy do oferty mieli również załączyć samoocenzę.

Na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych składane miały być dokumenty wskazane w rozdziale II pkt 10 swz, w tym oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: vi. art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp.

W JEDZ wykonawcy wypełniali część III.C dotyczącą przesłanek związanych z oceną podmiotową wykonawcy, udzielając odpowiedzi na pytania, w tym na pytanie:

„czy wykonawca znajdował się w jednej z poniższych sytuacji:

- a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) zataił te informacje;
- c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
- d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub 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 pytanie udzielił odpowiedzi: „Tak”.

Pismem z 21.12.2022 r. Budimex został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: vi. art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp.

W korespondencji z dnia 2.01.2023 r. Budimex przesłał komplet dokumentów obejmujących również oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą.

20.01.2023 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Budimex, jako oferty najkorzystniejszej.

W piśmie z dnia 31.01.2023 r., przekazanym Zamawiającemu w dniu 2.02.2023 r. Budimex uzupełnił informacje i przedstawił wyjaśnienia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy w związku z wykluczeniem go z postępowania Lovosice – opisując szczegółowo okoliczności postępowania i przedstawiając informację o przeprowadzeniu procedury self-cleaningu w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy.

Zamawiający w dniu 22.02.2023 r., w związku z informacjami przekazanymi przez Budimex w dniu 02.02.2023 r., unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, podtrzymując jednocześnie decyzję o odrzuceniu oferty konsorcjum BUDO-MAR Sp. z o.o., MT-eco Sp. z o.o., potwierdzoną wyrokiem KIO z 15.02.2023 r., sygn. akt KIO

Pismem z 22.02.2023 r. Zamawiający wezwał Budimex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 110 Ustawy, wskazując na potrzebę wyjaśnienia przyczyn, dla

których informacja została przesłana do Zamawiającego 65 dni o powzięcia informacji o wykluczeniu z postępowania Lovosice.

Budimex złożył wyjaśnienia w piśmie z 1.03.2023 r. Wykonawca odniósł się szeroko do wielu aspektów, jakie miały wpływ na podjęcie decyzji o samooczyszczeniu i przekazaniu jej Zamawiającemu, w tym konieczność dokonania analizy prawnej różnych porządków prawnych, przygotowania do przeprowadzenia self-cleaningu, jak również czynności prawne podjęte w związku z decyzją czeskiego zamawiającego. Budimex odwołał się od decyzji o wykluczeniu z postępowania w dniu 15.12.2023 r. wnosząc sprzeciw do zamawiającego. 20.12.2023 r. otrzymał decyzję zamawiającego o odrzuceniu zastrzeżeń. Z uwagi na konieczność poniesienia wysokich kosztów (opłaty) nie zdecydował się na skorzystanie z prawa do wniesienia wniosku o zbadanie czynności zamawiającego do Urzędu Ochrony Konkurencji. Zgodnie z przepisami właściwymi skargę wnosi się w terminie 10 dni kalendarzowych od daty otrzymania przez skarżącego decyzji, w której zamawiający nie uwzględnił jego sprzeciwu. W przypadku kiedy zamawiający nie rozpatrzył wniesionego sprzeciwu w ustawowo przewidzianym 15-dniowym terminie, wówczas wykonawca na złożenie skargi do Urzędu Ochrony Konkurencji ma 25 dni od daty wniesienia sprzeciwu do zamawiającego. Ponieważ zamawiający w terminie ustawowym nie uwzględnił sprzeciwu Budimex mógł skorzystać z prawa do wniesienia skargi do wyższego organu w terminie 10 dni kalendarzowych, a ten kończył się 30.12.2022 r. (piątek).

Komisja przetargowa w protokole nr 26 posiedzenia z 3.03.2023 r. odniosła się do wyjaśnień Budimex i uznała, iż z uwagi na różnice stanu prawnego w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, Budimex nie podlega wykluczeniu z obecnie prowadzonego postępowania. Wykonawca „stosunkowo szybko (bez zbędnej zwłoki) poinformował Zamawiającego o wykluczeniu przez czeskiego Zamawiającego”. Z uwagi na obszerność dokumentacji wymagającej tłumaczenia, a następnie analizy prawnej, komisja uznała, iż Wykonawca niezwłocznie po przeprowadzeniu procedury self-cleaningu zawiadomił o tym Zamawiającego i nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy.

W sprawie okoliczności faktyczne związane z oświadczeniami Budimex składanymi w tym postępowaniu nie budzą wątpliwości, strony różniły się w ocenie prawnej skutków oświadczenia aktualizującego informacje o wykluczeniu z postępowania Lovosice.

Z uwagi na postępowania odwoławcze w sprawie KIO 620/23 skład orzekający uwzględnił jako okoliczność znaną z urzędu, iż Budimex potwierdzał 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 10d 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. Ponadto, w wyroku z dnia 22.03.2023 r., sygn. akt KIO 620/23 Krajowa Izba Odwoławcza odnosiła się do decyzji o wykluczeniu Budimex z przetargu Lovosice wskazując na końcowym fragmencie uzasadnienia: 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 uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Co istotne oświadczenie w JEDZ pozostaje aktualne, co do udzielonych odpowiedzi. Również stanowisko Odwoływającego 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.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zakres zarzutów odwołanie sprowadza się do oceny przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów złożonych przez Budimex w postępowaniu, który na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz aktualizacji

oświadczenia w JEDZ nie przedstawił w dniu 2 stycznia 2023 r. informacji o tym, iż został wykluczony z postępowania prowadzonego na gruncie przepisów ustawy czeskiej (przetarg Lovosice), z uwagi na wprowadzenie tamtego zamawiającego w błąd w zakresie informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z uwagi na odmienną ocenę prawną sytuacji Wykonawcy, prezentowaną przez Odwołującego i Zamawiającego należy w pierwszej kolejności odnieść się do wykładni przesłanek fakultatywnych z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, które ogólnie dotyczą oceny wiarygodności wykonawcy powiązanej z rzetelnością informacji przekazywanych zamawiającemu w zakresie podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji (pkt 8) oraz szeroko ujętych informacji wprowadzających w błąd (pkt 10), stopniem zawinienia wykonawcy i wpływem na decyzje podejmowane w postępowaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powołując się na uzasadnienie oceny komisji przetargowej wywodził, iż w sytuacji gdy przepisy na podstawie których wykonawca został wykluczony z postępowania, w związku z informacjami wprowadzającymi w błąd, inaczej niż w przepisie krajowym określają przesłankę do wykluczenia na tej podstawie wykonawcy, brak informacji o wprowadzeniu w błąd prowadzącym do wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis odmiennie opisujący przesłankę, nie może być traktowany, jako wprowadzenie zamawiającego w błąd w sposób wyczerpujący podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Tym samym okoliczności dotyczące przetargu Lovosice nie musiały być wykazane, gdyż w ocenie komisji przetargowej, z uwagi na różnice w zakresie podstaw wykluczenia Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Co do zasady należy przyjąć, iż informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w danym postępowaniu muszą mieć znaczenie z punktu widzenia oceny oferty i możliwości jej wyboru w konkretnym postępowaniu przetargowym. Najczęściej są to informacje potwierdzające zgodność z wymaganiami zamawiającego, czy też oceną podmiotową wykonawców ubiegających się o zamówienie. Jednocześnie, nie każda informacja przekazywana w postępowaniu może pozostawać w związku z decyzjami, jakie podejmuje zamawiający w postępowaniu, co może mieć związek, np. z opisanymi w dokumentacji postępowania wymaganiami, czy też wprowadzonymi fakultatywnymi przesłankami wykluczenia (np. informacje wykraczające poza kryteria oceny, kwalifikację podmiotową lub inne nie mające wprost powiązania z wytycznymi oceny zawartymi w dokumentacji postępowania). Powyższe, w ocenie składu orzekającego, ma istotne znaczenie dla spełnienia przesłanek

wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, w których ustawodawca wprost wymaga wykazania wpływu informacji nieprawdziwych na czynności zamawiającego. Te zawsze muszą mieć oparcie w dokumentacji postępowania, w tym we wskazanych zasadach badania i oceny ofert. Aby zatem informacja prowadzić mogła do wykluczenia wykonawcy z postępowania musi odnosić się do istotnych z punktu widzenia tych zasad elementów oferty, czy też dokumentów wymaganych w postępowaniu.

Przenosząc powyższe na stan badanej sprawy należy wskazać, iż Odwołujący wskazując na wprowadzenie Zamawiającego w błąd traktował, jako informację wyczerpującą przesłanki do wykluczenia - brak przekazania Zamawiającemu w dniu 2 stycznia 2023 r. informacji o przypadku wykluczenia Budimex-u z postępowania Lovosice (Republika Czeska). W jego ocenie, bez znaczenia dla oceny czynności Wykonawcy pozostawać miałyby okoliczności, iż informacje te zostały przedstawione Zamawiającemu później, co doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex w celu wyjaśnienia wszystkich okoliczności, a następnie do ponownego wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej.

W sprawie nie budził wątpliwości, iż Budimex został wykluczony (zawiadomiony) w dniu 30 listopada 2022 r. z postępowania w którym złożył ofertę w konsorcjum z partnerem z Czech, w związku z podstawą prawną odpowiadającą w przepisie krajowym przesłankom z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Nie można przy tym przemilczeć okoliczności, iż przepisy ustawy czeskiej w sposób odmienny kształtują przesłankę fakultatywną pomijając w ocenie stopień zawinienia wykonawcy, co stanowiło okoliczność istotną z punktu widzenia analizy sytuacji prawnej Wykonawcy w postępowaniu (uzasadnienie komisji przetargowej). Również na rozprawie, jak i w pismach procesowych strony i Budimex odnosiły się do oceny znaczenia, jakie dla zastosowania przesłanki krajowej może mieć rozstrzygnięcie organu czeskiego w zakresie przesłanki wykluczenia z postępowania, która nie brzmi tak samo jak w Ustawie krajowej.

W ocenie składu orzekającego, kwestia ta jednak nie jest rozstrzygająca dla wyniku postępowania odwoławczego, gdyż należało ustalić po pierwsze, czy przypadek Lovosice dotyczył informacji istotnych z punktu widzenia zasad oceny ustalonych w obecnym postępowaniu. Jeżeli tak, to czy Zamawiający został wprowadzony w błąd i jakie znaczenie dla oceny oświadczenia z 2 stycznia 2023 r. mają dokumenty i oświadczenia złożone przez Budimex w dniu 2 lutego 2023 r. Ponadto, uznając iż przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy miałyby zastosowanie, należało również ocenić skuteczność samooczystczenia przeprowadzonego w odniesieniu do przypadku Lovosice.

Ponieważ Zamawiający zdecydował o zastosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, a te dotyczą między innymi oświadczeń i dokumentów

potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, informacja o wystąpieniu sytuacji opisanej w pytaniu zawartym w JEDZ:

„czy wykonawca znajdował się w jednej z poniższych sytuacji:

- e) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- f) zataił te informacje;
- g) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję

zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

h) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub w skutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”,

miała znaczenie dla oceny podmiotowej Wykonawcy w obecnym postępowaniu przetargowym. Nie budziło przy tym wątpliwości, iż w odpowiedzi zawartej w JEDZ Wykonawca przyznała się do wystąpienia zdarzeń mogących prowadzić do negatywnej oceny udzielając odpowiedzi „TAK”.

W ocenie składu orzekającego, niezależnie od różnic porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich, w przypadku gdy miało miejsce wykluczenie z postępowania z powodu poważnego wprowadzenia w błąd instytucji zamawiającej przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, to decyzja danego zamawiającego lub organu rozstrzygającego o poprawności tej decyzji jest wiążąca w tym znaczeniu, iż nie jest możliwe prowadzenie oceny okoliczności w jakich doszło do wykluczenia z postępowania na potrzeby innych postępowań przetargowych. W świetle ustawy Pzp odwołania przysługują na czynności zamawiającego w danym postępowaniu, a zarzuty nie mogą prowadzić do oceny czynności innych zamawiających i ich weryfikacji, co stanowić może poważne zagrożenie dla pewności obrotu prawnego i niejasności sytuacji prawnej podmiotów uczestniczących w licznych przetargach nie tylko na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Stanowisko to pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO 620/23, w którym wskazane zostało, iż 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 dotyczyły 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.

Oceniając zatem czynności Zamawiającego związane z oceną oświadczeń Budimex i wyjaśnień, jakie zostały złożone w odniesieniu do przypadku Lovosice, w ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż to nie tylko czynność z 2 stycznia 2023 r. miała znaczenie dla oceny wiarygodności Wykonawcy. Zamawiający, aby ustalić, czy doszło do spełnienia przesłanki fakultatywnej wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, zobowiązany był bowiem uwzględnić również późniejsze oświadczenie i wyjaśnienie Budimexu, co dawało dopiero pełen obraz okoliczności faktycznych, w jakich doszło do złożenia oświadczenia w dniu 2.01.2023 r. Odwołujący całkowicie pominął oświadczenie z 2.02.2023 r., wskazując jako wystarczające dla stwierdzenia podstawy do wykluczenia z postępowania złożenie oświadczenia, w którym Wykonawca potwierdził aktualność oświadczenia złożonego w JEDZ. W tym kontekście nie można pominąć bezspornej okoliczności, iż od początku w JEDZ Wykonawca przyznał się do sytuacji, w których był winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, które to oświadczenie było aktualne przez całe postępowanie przetargowe i takim pozostało również w dniu 2.01.2023 r.

W tych okolicznościach, uzupełnienie informacji w zakresie wdrożonej procedury samooczyszczenia dla przypadku Lovosice, przekazanej Zamawiającemu 2.02.2023 r. już po wyborze jego oferty, jako najkorzystniejszej należy uznać za działanie zgodne z zasadami przejrzystości, wskazującym na rzetelność Wykonawcy, który pozostawiając te informacje dla siebie, w związku z korzystnym rozstrzygnięciem odwołania w sprawie KIO 279/23 wyrokiem z 15.02.2023 r. mógłby zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Już sam fakt, iż na skutek aktualizacji oświadczenia Zamawiający unieważnił decyzję o wyborze oferty Budimex, co stanowiło jedyny powód do wznowienia czynności badania tej oferty,

prowadzi do wniosku, iż Zamawiający miał możliwość zrewidowania wcześniejszej oceny przed wyborem oferty Budimexu. Takie działanie pozwoliło osiągnąć cel ustawowy. Przepis art. 110 ust 1 Ustawy stanowi o możliwości wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania na każdym etapie postępowania. Tym samym należy uznać, iż na każdym etapie postępowania może zachodzić potrzeba aktualizacji oświadczeń i dokumentów, a zatem w sytuacji gdy wykonawca „zdążył” przekazać informacje mogące mieć znaczenie przed udzieleniem zamówienia, czynności zamawiającego w postępowaniu mogły być wzruszone, na co wskazuje chociażby obecne odwołanie. Gdyby Budimex nie przekazał informacji nie doszłoby do powtórzenia czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji Odwołujący nie miałby podstawy do kwestionowania oświadczeń i dokumentów. Zamawiający podejmując decyzję o wyborze oferty Budimex miał wiedzę o okolicznościach w jakich doszło do wykluczenia Budimexu z postępowania, a komisja przetargowa mogła przedstawić swoją ocenę skutków, jakie dla tego Wykonawcy ma wykluczenie z przetargu Lovosice. Ponieważ Odwołujący pomija te okoliczności, formułując zarzut wyłącznie w oparciu o treść oświadczenia z 2 stycznia 2023 r. Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie mogło być uznane za zasadne, gdyż ocena zachowania Wykonawcy wymagał również uwzględnienia późniejszych czynności, jakie faktycznie miały miejsce w postępowaniu.

Oddalając odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów związanych ze skutecznością samooczyszczenia należy

wskazać, iż procedura ta została przewidziana dla sytuacji, w której spełnione zostałyby przesłanki fakultatywne wskazane, m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Ustawy. Z jednej strony Odwołujący kwestionował samą procedurę wdrożoną w odpowiedzi na przypadek Lovosice (jako spóźnioną, nieskuteczną), wskazywał również na brak wdrożenia procedury dla wprowadzenia w błąd, do jakiego miało dojść w tym postępowaniu w dniu 2 stycznia 2023 r. W tym ostatnim przypadku, skoro nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, również działania naprawcze na potrzeby tego zdarzenia nie musiały być podejmowane. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Zamówień Publicznych procedura samooczyszczenia ma zastosowanie względem wykonawców, wobec których zachodzą podstawy do wykluczenia (wyrok z 17.06.2022 r., sygn. XXIII Zs 71/22).

To faktycznie przypadek Lovosice wymagał podjęcia działań, które zostały przez Budimex opisane w samooczyszczeniu i w ocenie składu orzekającego, zasługują na uwzględnienie, jako działania naprawcze pozwalające pozytywnie ocenić wiarygodność Wykonawcy. Nie powtarzając w tym zakresie argumentów Zamawiającego i Przystępującego, które skład w całości przyjął, jako spójne i przekonujące, procedura samooczyszczenia musiała być wdrożona już w trakcie prowadzonego postępowania, a to oznaczało, iż przesunięcie w czasie, wymagające wprowadzenia mechanizmów naprawczych, jak najbardziej było

wiarygodne. Ponieważ Ustawa wymaga w przypadku stwierdzenia konieczności aktualizacji oświadczeń złożenia samooczyszczenia, co powinno nastąpić wraz z oświadczeniem w którym wykonawca potwierdził opisane w pytaniu JEDZ sytuacje poważnego wprowadzenia w błąd, przy konieczności wdrożenia mechanizmów, taka aktualizacja mogła być przesunięta w czasie, co pozwalało Wykonawcy wykazać przed Zamawiającym swoją wiarygodność. Odwołujący nie przedstawił w odniesieniu do procedury samooczyszczenia żadnych przekonujących argumentów, które mogłyby prowadzić do odmiennej oceny skuteczności mechanizmów. Samo kwestionowanie ich skuteczności przez wskazanie na występujące nadal przypadki, w których Budimex musi aktualizować oświadczenie, nie jest argumentem, który prowadzić powinien do odmiennej oceny Wykonawcy. Należy odnotować, co również jest okolicznością znaną z urzędu w związku z rozstrzygnięciem, jakie zapadło w sprawie KIO 620/23, iż Budimex podjął w tym samym czasie decyzje o przekazaniu informacji o wykluczeniu w przetargu Lovosice również w innych postępowaniach, w których złożył oferty. Odwołujący w zarzucie nr 1 sam podkreślał na rozprawie, iż samooczyszczenie mogło nastąpić później, niż poinformowanie o wykluczeniu z przetargu Lovosice, co czyni twierdzenie o spóźnionym podjęciu działań w postępowaniu niezasadnym. Ponadto, Odwołujący jak wskazano powyżej nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów, które pozwoliłyby ocenić inaczej podjęte środki zaradcze przy uwzględnieniu okoliczności, w jakich doszło do wprowadzenia zamawiającego czeskiego w błąd. W tym zakresie wartą odnotowania jest również wskazówka, jaką dał Sąd Zamówień Publicznych w powoływanym wyżej wyroku sygn. akt XXIII Zs 71/22 w zakresie oceny spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy w sytuacji, gdy umowa była realizowana w konsorcjum. Chociaż to nie ta przesłanka fakultatywna miałaby mieć zastosowanie w analizowanej sprawie, to nie można pominąć istotnej kwestii poruszonej w tym wyrok wskazującej na konieczność przeanalizowania rzeczywistego udziału danego konsorcjanta i jego odpowiedzialności za zdarzenia, które doprowadziły do wypełnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania.

Również oczekiwanie Odwołującego wdrożenia i opracowania mechanizmów dedykowanych wyłącznie na rynek krajowy, nie ma umocowania w przepisach, które są sformułowane w sposób otwarty, pozostawiając wykonawcom ocenę sytuacji i przyjęcie takich rozwiązań, które pozwolą ocenić pozytywnie ich wiarygodność, pomimo zdarzeń, które mogłyby prowadzić do wykluczenia z przetargu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 pkt. 1 oz. 2437). Iżba 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: .....