

WYROK

Warszawa, dnia 3.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2024 r. w Warszawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie** (ul. Powstańców Warszawy 19, 81718 Sopot) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z/s w Warszawie** (ul. Księżycowa 5, 01934 Warszawa),

- Uczestnik po stronie odwołującego: **Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Pinczynie** (ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn)
- Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** (ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec) oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu**; (2) wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu** na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) i odrzucenie oferty tych wykonawców w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie** (ul. Powstańców Warszawy 19, 81718 Sopot) oraz w 1/2 Uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** (ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec) oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie** (ul. Powstańców Warszawy 19, 81718 Sopot) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** (ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec) oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec);
 - 2.2. zasądza od Uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosnowcu** (ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec) oraz **WODPOL sp. z o.o. z/s w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec) na rzecz Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie** (ul. Powstańców Warszawy 19, 81718 Sopot) kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/2 kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania w kwocie 20.000 zł; W pozostałym zakresie koszty znosi się wzajemnie pomiędzy Odwołującym a Uczestnikiem po stronie zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: 1633/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: **NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z/s w Warszawie**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki nr ew. 7/10 z obrębem 6-10-01, położonej przy ul. Księżycowej 5 w dzielnicy Bemowo m.st.

Warszawy" (nr postępowania: ZP/5/X/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dz.U. UE w dniu 11.10.2023 r. pod numerem: 2023/S 196-613036.

Odwołujący podał:

I.wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- (1)nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu („Konsorcjum PBO”) w zakresie przesłanki wykluczenia z Postępowania o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp;
- (2)nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PBO, prowadzącej do uznania, że oferta Konsorcjum PBO jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji Postępowania;
- (3)nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PBO, prowadzącej do uznania, że Konsorcjum PBO potwierdziło spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”);
- (4)zaniechania uznania Konsorcjum PBO za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania i wykluczenia Konsorcjum PBO z Postępowania;
- (5)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PBO jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- (6)zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PBO jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu;
- (7)ewentualnie, zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zmierzającej do ustalenia czy oferta Konsorcjum PBO, w zakresie branży elektrycznej, przewiduje wszystkie elementy zamówienia (w szczególności urządzenia aktywne) oraz rozwiązania te są zgodne z SWZ;
- (8)ewentualnie, zaniechania przeprowadzenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (po dokonanej z inicjatywy Konsorcjum PBO zamianie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie warunków udziału odnoszących się do branży elektrycznej); co w rezultacie doprowadziło do:
- (9)niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty Konsorcjum PBO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

II.Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

(1)art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez ich nieuzasadnione niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PBO, podczas gdy w stosunku do tego wykonawcy ziściły się wymienione w tych przepisach przesłanki wykluczenia, albowiem:

– Konsorcjum PBO, działając w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, podało nieprawdziwą informację związaną z faktem wykluczenia go z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp (Lider konsorcjum – PBO Śląsk Sp. z o.o.udzielił w dokumencie JEDZ odpowiedzi twierdzącej na pytanie „Czy wykonawca może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...))”, podczas gdy Lider Konsorcjum PBO został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o wyżej wskazane przesłanki wykluczenia;

– Lider Konsorcjum PBO - PBO Śląsk Sp. z o.o. („PBO Śląsk”), pomimo prawomocnego wykluczenia Go : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp nie przeprowadził procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, podczas gdy tylko skutecznie przeprowadzona procedura samooczyszczenia umożliwiła uchylene się przez wykonawcę od skutków uprzedniego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp;

co winno było doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż Konsorcjum PBO podlega wykluczeniu z Postępowania;

(2)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezasadne niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PBO, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówieniaalbowiem wyznaczony przez Konsorcjum PBO podwykonawca robót elektrycznych – Quman Sp. z o.o. z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego („Quman”):

a)nie uwzględnił w swojej wycenie urządzeń aktywnych w branży elektrycznej;

b)zakłada realizację zamówienia przy pomocy zamienników, tj. urządzeń niezgodnych z wymogami Zamawiającego;

co w z rezultacie doprowadziło do zaoferowania niższej ceny przez Konsorcjum PBO i uzyskaniu przez tego wykonawcę zamówienia;

(3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezasadne niezastosowanie i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PBO, podczas gdy wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. c) SWZ, w ramach którego Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazaniem się dwiema robotami instalacyjnymi „w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania)”, podczas gdy doświadczenie wskazane

przez Konsorcjum PBO, stanowiące doświadczenie zawodowe podmiotu trzeciego (wymienionego samodzielnie przez Konsorcjum PBO) nie ma charakteru podobnego do przedmiotu zamówienia tego Postępowania, w szczególności nie polegało na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania);

(4)[ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziłaby, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO]

art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie treści oferty złożonej przez Konsorcjum PBO zmierzającej do ustalenia czy oferta ta, w zakresie branży elektrycznej, przewiduje wszystkie elementy zamówienia (w szczególności urządzenia aktywne) oraz czy te są zgodne z SWZ;

(5)[ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziłaby, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO]

art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia dalszych wyjaśnień związanych z badaniem ceny oferty Konsorcjum PBO w sytuacji, w której udzielone przez Konsorcjum PBO wyjaśnienia bazują w dużej mierze (branża elektryczna) na ofercie podwykonawcy Quman, a już po ich złożeniu Konsorcjum PBO dokonało zmiany podmiotu trzeciego Quman na inny podmiot, który (jak wynika z art. 118 ust. 2 Pzp) również powinien być podwykonawcą tego zakresu, a tymczasem brak jest w wyjaśnieniach cenowych oferty tego podmiotu, co powinno skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości czy również przy zaangażowaniu nowego podmiotu trzeciego cena oferta pozostaje realna; a w konsekwencji powyższego;

(1) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) uznanie, że Konsorcjum PBO podlega wykluczeniu z Postępowania;

(3) uznanie, że oferta Konsorcjum PBO jest niezgodna z warunkami zamówienia;

(4) uznanie, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

(5) odrzucenie oferty Konsorcjum PBO;

(6)[ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziłaby, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO] wezwanie Konsorcjum PBO do złożenia wyjaśnień czy oferta, w zakresie branży elektrycznej, przewiduje wszystkie elementy zamówienia (w szczególności urządzenia aktywne) oraz rozwiązania te są zgodne z SWZ;

(7)[ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziłaby, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO] wezwanie Konsorcjum PBO do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w związku ze zmianą podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie w branży elektrycznej;

(8) dokonanie ponownego badania i oceny oferty, z pominięciem oferty Konsorcjum PBO.

IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(...)

Wykonawca podał: (...) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, tj. prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum PBO, wówczas doszedłby do przekonania, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania, a w rezultacie oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona. Z uwagi na okoliczność, iż oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, Odwołujący miałby realne szanse uzyskać przedmiot zamówienia. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp".

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu została przekazana przez Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2024 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 9 maja 2024 r., tym samym odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie.

(...)

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał:

I. Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki

nr ew. 7/10 z obrębu 6-10-01, położonej przy ul. Księżycowej 5 w dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy.

2. W treści SWZ, w § 10 ust. 2 SWZ, Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy z udziału w Postępowaniu w oparciu o pełny katalog przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia). Wśród tych przesłanek wymieniono przesłanki odnoszące się do wprowadzenia zamawiającego w błąd – art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

3. Warunki udziału w Postępowaniu opisane zostały przez Zamawiającego w § 11 SWZ. W ramach warunku udziału dot. branży elektrycznej wskazanego w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. c) Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się następującym doświadczeniem:

4. Pierwotnie (tj. na etapie złożenia oferty) Konsorcjum PBO wykazywało spełnienie tego warunku udziału przez Quman. Następnie (pismem z 25 marca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp) Konsorcjum PBO zastąpiło doświadczenie Quman w zakresie warunków z § 11 ust. 1 pkt 4 lit.

a) oraz c) doświadczeniem innego podmiotu trzeciego – Elmax Żywicki Sp. z o.o.

z siedzibą w Tychach („Elmax”).

5. W toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2024 r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W ramach wezwania wymagał od wykonawcy przygotowania i przekazania kalkulacji ceny w oparciu o zbiorcze zestawienie przekazane przez Zamawiającego.

6. Pismem z dnia 29 lutego 2024 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia („wyjaśnienia RNC”). Wraz z wyjaśnieniami Konsorcjum PBO złożyło dowody w postaci ofert podwykonawców oraz – w ramach załącznika nr 3) - zestawienie prac, które mają być zlecone podwykonawcom (z cenami tych ofert). W zestawieniu tym uwidocznione zostały wszystkie wartości cen ofert podwykonawców, z wyjątkiem oferty podwykonawcy Quman. Sumaryczna wartość całej wartości zestawienia i pozostałych ofert, pomimo zakrycia ceny Quman, daje jednak odpowiedź ile wartość tej oferty wyniosła.

II. Uzasadnienie prawne

II.1. Konsorcjum PBO wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie dot. podstaw wykluczenia (wykonawca został wykluczony w przeszłości z innego postępowania) – brak przeprowadzenia procedury self-cleaning

7. W pierwszej kolejności Odwołujący odnieść się do najdalej idącego naruszenia, jakie poczynił Zamawiający, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum PBO z Postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia oraz nieprzeprowadzenia przez wykonawców procedury samooczyszczenia.

8. Wraz z ofertą Konsorcjum PBO złożyło JEDZ obu konsorcjantów. W dokumencie lidera konsorcjum – PBO Śląsk SP z o.o. („PBO Śląsk”), wykonawca ten na pytanie dot. wprowadzenia zamawiającego w błąd w przeszłości, udzielił odpowiedzi wskazującej na brak wystąpienia po stronie tego wykonawcy sytuacji, w której zostałby on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp:

9. Wraz z ofertą nie został też złożony żaden dodatkowy dokument sugerujący inny stan rzeczy.

10. Pismem z dnia 11 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum PBO do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia wykonawcy oraz spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W dniu 25 marca 2024 r. Konsorcjum przedłożyło podmiotowe środki dowodowe, w tym dokument pt.: „Wyjaśnienie dot. JEDZ” („Wyjaśnienia JEDZ”). W treści tego dokumentu Konsorcjum PBO wskazało, iż co prawda udzieliło odpowiedzi na pytanie w JEDZ w sposób wskazujący, iż wykonawca (konsorcjant) nie został nigdy wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji, jednak w istocie taka sytuacja jednak miała miejsce.

11. Lektura Wyjaśnień JEDZ prowadzi do wniosku, iż wykonawca PBO Śląsk znalazł się w sytuacji, w której prawomocnie stwierdzono względem niego, iż przedstawił zamawiającemu publicznemu informacje nieprawdziwe. W analizowanym dokumencie okoliczność ta pozornie sprowadzana jest do wyłącznie „wykluczenia formalnego”, które w istocie miałoby nie wpływać zupełnie na okoliczność obowiązywania prawomocnej decyzji w zakresie wykluczenia tego wykonawcy za wprowadzenie w błąd.

12. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha” („Umowa Przysucha”), zamawiający – Sąd Okręgowy w Radomiu, w wyniku wniesionego odwołania przez jednego z wykonawców ubiegających się o to zamówienia, uwzględnił zarzuty stawiane względem PBO Śląsk, tj. zarzuty dot. wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie informacji dot. doświadczenia zawodowego kadry przedstawianej przez PBO Śląsk. PBO Śląsk zaniechał przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem konkurencyjnego wykonawcy i tym samym nie zakwestionował decyzji zamawiającego dotyczącej uznania PBO Śląsk za winnego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Decyzja ta stała się więc prawomocna, a tym samym – mówiąc najprościej – w portfolio PBO Śląsk znajduje się przypadek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 (na moment obecny jest to już wyłącznie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na upływ rocznego czasu karencji dot. przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp).

13. Całokształt zaistniałych zdarzeń (zarówno w tym Postępowaniu, jak i postępowaniu w którym PBO Śląsk zostało

prawomocnie wykluczony) nie pozostawia złudzeń, że wykonawca ten w sposób nieprawidłowy wypełnił dokument JEDZ w Postępowaniu, dopuszczając się po raz kolejny wprowadzenia zamawiającego w błąd. Bez znaczenia dla oceny podstaw wykluczenia za wprowadzenie w błąd jest podkreślana w Wyjaśnieniach JEDZ okoliczność „braku możliwości obrony swojego stanowiska w postępowaniu odwoławczym”. Możliwość taka bez wątpienia istniała, lecz wykonawca PBO Śląsk nie dochował należytej staranności (jak widać, nie tylko w zakresie przedstawianych informacji) w obronie własnych interesów i nie przystąpił do postępowania odwoławczego. Taka okoliczność, w żaden sposób nie powoduje, iż wykluczenie nie zaistniało. Nie sposób też akceptować twierdzenia o „wykluczeniu formalnym”. Ustawie Pzp nie jest znana taka terminologia. Również przesłanki wykluczenia wymienione, czy to w art. 108 ust. 1 czy też art. 109 ust. 1, nie rozróżniają wykluczenia na formalne i jakiegokolwiek inne. Najprościej rzecz ujmując – podstawa do wykluczenia wykonawcy postępowania istnieje albo nie istnieje. W okolicznościach faktycznych tej sprawy podstawa taka istniała, zaś Konsorcjum PBO, w składanym dokumencie JEDZ nie przyznało się do niej.

14. Konsekwencją ustalonych powyżej okoliczności faktycznych, jest uznanie, iż Konsorcjum PBO wprowadziło Zamawiającego w błąd. Przeprowadzona analiza zaistniałego stanu faktycznego prowadzi bowiem do wniosku, iż Konsorcjum PBO, składając oświadczenie w Jednolitym Elektronicznym Dokumencie Zamówienia, odczytując je przez pryzmat (treść) przepisów, podało informacje nieprawdziwe.

15. Aby spełniona mogła zostać podstawa wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wystąpić muszą kumulatywnie następujące przesłanki:

- 1) wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje nieprawdziwe;
- 2) działanie takie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy;
- 3) działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

16. Wszystkie z powyższych przesłanek spełnione są na skutek działania Konsorcjum PBO. Po pierwsze – wykonawca przedstawił informacje obiektywnie nieprawdziwe, albowiem wskazał Zamawiającemu, że nie jest winny wprowadzenia w błąd (okoliczność bezsporna). Po drugie, działanie to, a mianowicie sposób wypełnienia JEDZ, było wynikiem zamierzonego działania Konsorcjum PBO. Nie może być inaczej, skoro informacja ta dotyczy właśnie PBO Śląsk i to ten podmiot składa oświadczenie w zakresie własnej przeszłości. I po trzecie, działanie to miało wpływ na wynik Postępowania, albowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum PBO.

17. O tym więc, że Konsorcjum PBO wprowadziło Zamawiającego w błąd świadczą zasadniczo następujące okoliczności:

- a) w ramach Umowy Przysucha doszło do prawomocnego wykluczenia z postępowania lidera Konsorcjum PBO w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp;
- b) wykluczenie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w postępowaniu dot. Umowy Przysucha nie zostało zakwestionowane przez PBO Śląsk;
- c) Konsorcjum PBO na pytanie JEDZ dot. przesłanek dotyczącej wprowadzenia zamawiającego w błąd w przeszłości udzieliło odpowiedzi wskazującej na brak wystąpienia takiej sytuacji (wskazano, że wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd).

18. Nie ulega wątpliwości, iż sposób wypełnienia przez Konsorcjum PBO dokumentu JEDZ obiektywnie pozwala uznać, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

19. Co wydaje się być oczywiste, przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania. Istotą „błędu”, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (podobnie zresztą jak i pkt 10 Pzp) jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było (lub odwrotnie). Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r.: „...Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”.

20. Powyższe znajduje dodatkowo potwierdzenie w orzecznictwie Izby. W wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r. Izba stwierdza: „Przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek

wyobrażenia o nim”.

21.Dokonując zatem oceny zachowania Konsorcjum PBO na gruncie art. 109 Pzp, dojść należy do wniosku, że wyczerpuje ono znamiona działania w warunkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W opinii Odwołującego mamy bowiem do czynienia z zamierzonym działaniem wykonawcy.

22.Odwołujący wskazuje, że zasadności wykluczenia Konsorcjum PBO z Postępowania nie zmienia fakt, iż w ramach składania podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum PBO przedstawiło Wyjaśnienia JEDZ. Złożone następnie (po terminie składania ofert) oświadczenie nie niweczy bowiem skutku, jaki powstał w momencie przedkładania Zamawiającemu oświadczenia nieprawdziwego. Skutek ten (wprowadzenie w błąd) oceniany jest przez pryzmat tych momentów, w których regulacje Pzp nakładają na wykonawcę złożenie oświadczenia określonej treści (tj. zasadniczo momentu złożenia JEDZ oraz oświadczenia o jego aktualności, ale również np. momentu udzielania zamawiającemu wyjaśnień lub przedkładania żądanej informacji).

23.Powyższe ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaakceptowanie praktyki, którą posługuje się Konsorcjum PBO (doprecyzowywanie informacji przedłożonych wraz z ofertą) stanowiłoby przyzwolenie na „dawkowanie” zamawiającemu informacji, które mają przecież olbrzymie znaczenie z perspektywy oceny rzetelności wykonawcy. Zatem aktualizacja nieprawidłowej informacji podanej wraz z ofertą (nawet jeśli odbywa się z inicjatywy wykonawcy) nie oznacza, że nie doszło do chociażby potencjalnego (a takie przecież również sankcjonowane jest na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp) wprowadzenia zamawiającego w błąd.

24.Odwołujący podkreśla jednocześnie, że sytuacja, w której wykonawca poda informację nieprawdziwą (jak w analizowanym przypadku) nie musi definitywnie skutkować wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca taki może bowiem skorzystać z dobrodziejstwa procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 Pzp.

25.Art. 110 ust. 2 Pzp wprost wskazuje, że „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 (...)”. Wynika więc z tego, że, pomimo ziszczenia się przesłanek wykluczenia, wykonawca może tej sankcji uniknąć, ale musi przeprowadzić skutecznie procedurę samooczyszczenia. Konsorcjum PBO natomiast zaniechało jej przeprowadzenia i nie skorzystało z przywołanej możliwości.

26.Odwołujący podkreśla przy tym, że w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdaje się być poza sporem, iż przeprowadzenie procedury samooczyszczenia jest możliwe także w postępowaniu, w którym doszło do ziszczenia się określonej podstawy wykluczenia. Konsorcjum PBO nie było więc „bezbronne” wobec zaistniałej sytuacji i mogło naprawić uchybienie, którego dopuściło się składając wraz z ofertą nieprawdziwe informacje na temat swojej przeszłości.

27.Każda procedura samooczyszczenia (a w szczególności ta, która przeprowadzona jest w postępowaniu, w którym doszło do ziszczenia się przesłanki wykluczenia) podlega ocenie w świetle okoliczności, o których mowa w art. 110 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające 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”. Oznacza to, że, nie odbierając wykonawcom prawa do przeprowadzenia samooczyszczenia, zamawiający może negatywnie ocenić np. procedurę wdrożoną dla pozorów czy z innych powodów niezastępującą na akceptację.

28.Podkreślenia wymaga, że nakreślony powyżej rozkład praw i obowiązków wykonawców i zamawiającego pozostaje w pełni zgodny z celem, jaki ustawodawca postawił przed przesłankami wykluczenia z postępowania, jakim jest ocena rzetelności (szeroko rozumianej) wykonawcy. Sprowadzić to można do krótkiej konstatacji składającej się z następujących elementów: (i) wykonawca zobowiązany jest podać informację prawdziwą, (ii) w przypadku niepodania informacji prawdziwej może przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, (iii) procedura taka podlega ocenie zamawiającego w kontekście wagi i okoliczności związanych z czynem wykonawcy.

29.Na dodatkową uwagę zasługuje, że w tak nakreślonym schemacie wykonawca ponosi określone konsekwencje swojego zachowania – sprowadzają się one do konieczności wdrożenia procedury z art. 110 Pzp. Z drugiej jednak strony unika wykluczenia z postępowania. Interes publiczny jest zatem dostatecznie chroniony, jednocześnie nie pozbawiając wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia (o ile podejmie on określone działania).

30.Tymczasem Konsorcjum PBO, jak wynika z dokumentacji postępowania, obrało „drogę na skróty”, zdecydowało się bowiem jedynie na poinformowanie Zamawiającego o podstawach do wykluczenia na końcowym etapie badania jego oferty, zaniechało jednak przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Działanie takie, jako próba obejścia zastosowania regulacji ustawowych, nie powinno zyskać akceptacji Zamawiającego.

31.Już więc z faktu, iż treść oferty zawiera informacje obiektywnie nieprawdziwe wywieść należy jednoznaczny wniosek

o konieczności (w przypadku dążenia do naprawienia zaistniałej sytuacji) przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

32.Dodatkową – zupełnie niezależną od wymienionej powyżej – okolicznością przemawiającą za koniecznością wdrożenia tej procedury przez PBO Śląsk jest sam fakt prawomocnego wykluczenia z postępowania Umowa Przysucha. Nawet bowiem, gdyby PBO Śląsk podał w JEDZ informację prawdziwą (co, jak wykazano powyżej, nie miało miejsca), to i tak w związku z prawomocnością wykluczenia w postępowaniu Umowa Przysucha PBO Śląsk zobligowany był, chcąc ubiegać się o zamówienie, przeprowadzić procedurę samooczyszczenia.

33.Jak wynika z treści art. 111 pkt 5 Pzp „w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”.

34.Biorąc zatem pod uwagę, że:

a)12 września 2022 r. PBO Śląsk został wykluczony prawomocnie (na skutek zakończonego umorzeniem postępowania odwoławczego) z postępowania Umowa Przysucha;

b)nie upłynął jeszcze okres karencji, o którym mowa w art. 111 pkt 5 Pzp;

to bezspornie wykonawca ten był zobligowany do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

35.W odróżnieniu od poprzedniej ustawy Pzp (z 2004 r.), która nie zawierała odpowiednika art. 111 pkt 5 Pzp (co skutkowało tym, że wykluczenie za podanie nieprawdziwych informacji nie miało wpływu na inne, przyszłe postępowania) obecna ustawa rozciąga skutki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przy przyjęciu odmiennej wykładni art. 111 nie miałby racji bytu). W obecnym stanie prawnym ustawodawca doszedł bowiem do wniosku, że przypadku, w którym doszło do tak istotnego zdarzenia z perspektywy oceny rzetelności wykonawcy, jakim jest wykluczenie z powodu podania informacji nieprawdziwej, konsekwencje tego zdarzenia rozciągać się muszą na określony czas. Wywołuje to ten skutek, że odpowiadając na pytanie JEDZ skorelowane z tym przepisem bezwzględnie należy referować również do przeszłości wykonawcy w granicach czasowych zgodnych z art. 111 Pzp.

36.Przenosząc to na sytuację PBO Śląsk – prawomocne wykluczenie z postępowania Umowa Przysucha spowodowało uruchomienie skutku, o którym mowa w art.

111 pkt 5 Pzp.

37.Jak wspomniano powyżej ustawodawca nie pozostawia jednak sytuacji wykonawców, którzy mieli w swojej przeszłości tego typu zdarzenie, jakie dotknęło PBO Śląsk bez możliwości podjęcia działań zaradczych umożliwiających dalsze funkcjonowanie na rynku. W takim przypadku niezbędne jest jednak zastosowanie procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp

(samooczyszczenie). Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że właśnie taka wykładnia jest jedyną słuszną: „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 (...)”.

38.Z przywołanej normy wynika zatem, że:

a)wystąpienie jednej z wymienionych okoliczności, o których mowa w tym przepisie skutkuje wykluczeniem;

b)skutku tego można uniknąć pod warunkiem spełnienia dalszych przesłanek (składających się na samooczyszczenie).

39.W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne jest, że PBO Śląsk nie wdrożył procedury samooczyszczenia (potwierdza to wprost wykonawca w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 roku). Bez znaczenia dla tych ustaleń pozostaje fakt, iż wykonawca ten nie czuje się winny wprowadzenia w błąd. Skoro bowiem okolicznością bezsporną jest, że został wykluczony prawomocnie z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, to, nawet jeśli nie czuje się winny i jest przekonany, że gdyby przystąpił do postępowania odwoławczego w 2022 r., to obroniłby swoje stanowisko, musi wdrożyć self-cleaning. Traktowanie tej procedury w sposób przedstawiany przez PBO Śląsk prowadzi do wniosków absurdalnych. Otóż jej zaakceptowanie oznaczałoby, że choć wykonawca został wykluczony w oparciu o jedną z przesłanek z art. 108 lub 109 Pzp, to wdrożenie samooczyszczenia miałoby zależeć od tak subiektywnych kwestii jak przekonanie tego wykonawcy o własnej racji i poczuciu winy. Pozostaje to w sprzeczności z elementarnymi regułami prowadzącymi do udzielenia zamówienia publicznego, jakimi jest równe traktowanie i przejrzystość.

40.Oczywiste jest przy tym, że to w jaki sposób samooczyszczenie zostanie przeprowadzone uzależnione jest od decyzji wykonawcy. Zatem jeśli PBO Śląsk nie uznaje się za winnego doprowadzenia do skutku mającego miejsce w ramach Umowy Przysucha, to powinno wdrożyć odpowiednie środki, które skorelowane są nie tyle z poczuciem winy, ale będą konsekwencją obiektywnych faktów i będą przedstawiać koncepcję radzenia sobie z nimi w przyszłości. Innymi słowy – samooczyszczenie powinno być dostosowane do zaistniałej sytuacji. Każdorazowo natomiast jego skuteczność podlega ocenie zamawiającego (art. 110 ust. 3 Pzp). PBO Śląsk miał zatem prawo (a wręcz obowiązek) skonstruowania takiej procedury samooczyszczenia, która pozostałaby w zgodzie z poczuciem o braku winy. Twierdzenie natomiast, że owo poczucie braku winy zwalnia wykonawcę z konieczności wdrożenia self-cleaningu jest nieporozumieniem i wypaczeniem sensu przepisów Pzp.

41.W świetle powyższych ustaleń, bez wątpienia należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił sytuację podmiotową Konsorcjum PBO i zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania, pomimo wyraźnych podstaw ku takiej decyzji.

II.2. Oferta Konsorcjum PBO jest niezgodna z warunkami zamówienia (oferta jest niekompletna)

42.W dalszej kolejności podnieść należy, iż Zamawiający zaniechał dokładnego zbadania oferty Konsorcjum w sferze merytorycznej. Zamawiający przeprowadził co prawda względem wykonawcy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, lecz uchybił dokładnej weryfikacji informacji płynących z tychże wyjaśnień.

43.W ramach złożonych wyjaśnień RNC Konsorcjum PBO przedłożyło szereg ofert podwykonawczych potwierdzających wycenę poszczególnych elementów zamówienia. Jedną z takich ofert była oferta podmiotu trzeciego Konsorcjum PBO – oferta Quman. Dokument ten został utajniony przez wykonawcę, lecz nie można nie dostrzec, iż w ramach załącznika nr 3 do wyjaśnień RNC, Konsorcjum PBO przedstawiło pełne zestawienie wszystkich cen i ich łączną sumę. Wyłącznie wartość oferty Quman została zakryta, jednak przy prostych obliczeniach matematycznych możliwe jest wyprowadzenie wartości tej oferty:

44.Przy dodaniu wszystkich wartości wynikających z ofert podwykonawczych, a następnie odjęcia sumy tych kwot od łącznej sumy netto i odjęciu kwoty zakładanego zysku (1 800 000,00 zł) oraz kosztów ogólnych i kosztów organizacji (5 000 578,46 zł) uzyskamy wartość ukrytej ceny oferty Quman, która wynosi 18 222 255,08 zł netto.

45.Na podstawie tej wartości (znanej przecież Zamawiającemu), Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez wykonawcę cena za ten zakres prac uwzględnia wszystkie wymagane elementy.

46.W ramach wyceny branży elektrycznej koniecznym było uwzględnienie przez wykonawcę wykonanie (dostawa i montaż) m. in. urządzeń aktywnych CISCO lub innych o równoważnych parametrach. Co do zasady, wartość wykonania tego zakresu zamówienia waha się pomiędzy 3 000 000,00 zł netto a 4 000 000,00 zł netto. W przypadku oferowania zamienników urządzeń wymaganych przez Zamawiającego, cena ta może być niższa.

47.Odwołujący, przygotowując ofertę do złożenia w Postępowaniu uzyskał oferty od potencjalnych podwykonawców branży elektrycznej. Jedną z takich ofert była oferta złożona przez Quman. Odwołujący uzyskał wycenę od tego podmiotu tuż przed terminem składania ofert, tj. w dniu 2 lutego 2024 r. (data oferty). W ofercie tej, Quman oświadczył, iż zapoznał się z dokumentacją Postępowania i wycenia zakres zamówienia na kwotę 17 473 646,42 zł brutto (14 206 216,60 zł netto). Co jednak istotne w kwestii powyższego – oferta tego podwykonawcy wprost wskazywała, iż nie obejmuje urządzeń aktywnych LAN oraz Systemu AV (wykonanie systemu AV to kwota mieszcząca się w przedziale od 5 500 000,00 zł netto do 7 500 000,00 zł).

48.Dodatkowo, oferta Quman przewidywała wykorzystanie zamienników, co dodatkowo wpływa na wartość oferty w tym zakresie. Ostatecznie Odwołujący zrezygnował z opierania się w swojej ofercie z wyceny Quman z uwagi na powyższe dwie okoliczności, a mianowicie – brak uwzględnienia w cenie urządzeń aktywnych oraz bazowanie przez Quman na zamiennikach, które nie spełniają oczekiwań Zamawiającego.

49.Powyższe uchybienia oferty Quman nie przeszkodziły jednak Konsorcjum PBO w podpieraniu się w swojej wycenie taką (niekompletną) ofertą. Co istotne – Odwołujący uzyskał od Quman po terminie składania ofert kolejną ofertę, już uwzględniającą wykonanie urządzeń aktywnych oraz systemu AV. Wartość oferty wyniosła znacząco więcej, a mianowicie 20 472 326,88 zł netto (25 180 962,06 zł brutto).

50.Powyższe prowadzić powinno więc do wniosku, iż Konsorcjum PBO wyceniło zakres zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia, albowiem w swojej wycenie nie przewidziało wykonania urządzeń aktywnych i nie uwzględniło wszystkich rozwiązań narzuconych przez Zamawiającego. Powyższe oznacza, iż oferta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia.

51.Odwołujący jest przekonany, że Zamawiający winien mieć świadomość, że oferta Quman, którą posługuje się Konsorcjum PBO nie jest zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien (co najmniej) skierować do Konsorcjum PBO wezwanie do udzielenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie założeń technicznych dla branży elektrycznej. Zamawiający, jako dysponent i gwarant środków publicznych ma możliwość zadania wykonawcy pytań pozwalających ustalić ponad wszelką wątpliwość, czy zaoferowane rozwiązania spełniają wymagania SWZ. Dziwić jedynie może, że Zamawiający z tej możliwości nie skorzystał.

II.3. Konsorcjum PBO nie wykazało się spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu

52.Odwołujący wskazuje, iż Konsorcjum PBO nie wykazało się spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu, który wskazany został w § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ.

53.Aby spełnić wskazany warunek udziału w Postępowaniu, wykonawca ubiegający się o przedmiot zamówienia powinien był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu:

dwóch robót instalacyjnych w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia;

każda z wykonanych robót polegać miała na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku z integracyjną programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania);

integracja programowa miała być z co najmniej jednym z systemów wskazanych w warunku pod lit b), tj. kontrola dostępu (skd), system sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN), systemu telewizji dozorowej (CCTV), komunikacji głosowej, nagłośnienia informacyjnego.

54. W celu spełnienia powyższego warunku udziału Konsorcjum PBO wykazało się doświadczeniem podmiotu trzeciego Elmax. Podmiot trzeci ten został wprowadzony przez Konsorcjum PBO na etapie badania podmiotowych środków dowodowych i zastąpił – w zakresie warunków udziału określonych w lit. a) i c) SWZ pierwotny podmiot trzeci – Quman. W wykazie robót Konsorcjum PBO przedstawiło jako jedną z dwóch wymaganych robót następujące zadanie Elmax: „Wykonanie instalacji elektrycznych i niskoprądowych dla zadania pn.: „Centrum Sterowania Ruchem ITS” realizowane przez Siemens Mobility Sp. z o.o.

55. Biorąc pod uwagę brzmienie postawionego warunku udziału nie sposób uznać, by przedstawione zadanie Elmax pozwalało spełnić warunek. Wymogiem Zamawiającego było zrealizowanie i uruchomienie instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku. Tymczasem, zgodnie z informacjami powziętymi przez Odwołującego, powyższe zadanie sprowadzało się do wyposażenia w elementy systemu przeciwpożarowego jedynie nowoprojektowanych pomieszczeń Centrum Sterowania Ruchem o łącznej pow. ok. 380 m² i kubaturze ok. 2400 m³ w wydzielonej części istniejącego budynku Stadionu Miejskiego w Tychach, będącego obiektem o pow. zabudowy ok. 16,8 tys. m² i pow. przestrzeni komercyjnej ponad 5 tys. m² oraz kubaturze ok. 141 tysięcy m³. Zakres prac na tym zadaniu obejmował tylko kilka pomieszczeń w istniejącym budynku i wykonany był w oparciu o istniejącą już infrastrukturę przeciwpożarową. Innymi słowy – w zakres prac wykonawcy wchodziło zamontowanie w wydzielonej strefie budynku dodatkowych czujników wykrywania dymu, sygnalizatorów akustycznych i ręcznych przycisków wyzwalających, które zintegrować należało z istniejącym już w obiekcie systemem.

56. Powyższe wynika wprost z Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia dla przedmiotowej inwestycji:

Dowód: Wyciąg z PFU

57. Poniżej Odwołujący dodatkowo przedstawia porównanie zakresu wykonanych prac przez Elmax na referencyjnym zadaniu względem całego Stadionu Miejskiego w Tychach, w których wykonywano poszczególne prace:

58.

Pow. zabudowy	16 789 m ²	425,27 m ²	2,53%
Pow. użytkowa	5363 m ² (wyłącznie części komercyjne)	382,46 m ²	7,13%
Kubatura	141000 m ³	2397,93 m ³	1,70%
Wysokość	17 m	3,39 - 6,50 m	
źródło:		Warunkiochrony przeciwpożarowej w CSR (PFU pkt. 3.13.2.19 - str. 314)	

59. W ocenie Odwołującego, trudno w takim wypadku odczytywać wykonany zakres prac jako potwierdzający spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający wprost wskazał, iż wymaga doświadczenia podobnego do zakresu prac wynikającego z tego Postępowania, a w dalszej kolejności wymaga zrealizowania i uruchomienia instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrony całkowitej w budynku. Powyższe nie zostało wykonane na zadaniu referencyjnym Elmax. Wykonawca nie wykonał instalacji systemu sygnalizacji pożarowego ochrony całego budynku, lecz domontował wyłącznie czujniki wykrywania dymu, sygnalizatory akustyczne i ręczne przyciski wyzwalające, które zabudowano w oparciu o istniejący już (zrealizowany) system.

60. Analiza powyższego prowadzi do jednoznacznych konstatacji, iż Elmax nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem zawodowym, a tym samym Konsorcjum PBO nie wykazało się spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający winien zatem odrzucić ofertę tego wykonawcy. Z uwagi na fakt samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego na inny przez Konsorcjum PBO (z Quman na Elmax), wykonawca ten wyczerpał procedurę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu wykonanych robót budowlanych. Wobec tego, oferta wykonawcy winna zostać odrzucona jako oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu.

II.4. Wadliwie przeprowadzona procedura w zakresie rażąco niskiej ceny

61. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający nieprawidłowo (w sposób niepełny) przeprowadził procedurę badania rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach, które na wezwanie Zamawiającego złożyło Konsorcjum PBO istotną rolę ogrywa oferta Quman, które wartość przekracza 18 mln zł. Podmiot ten (będąc podmiotem trzecim w rozumieniu art. 118 Pzp) winien być również podwykonawcą, zatem złożenie jego oferty wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny jest zrozumiałe.

62. Przedkładając Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe Konsorcjum PBO zdecydowało się jednak zastąpić Quman innym podmiotem trzecim – Elmax (w ramach warunków z § 11 ust. 1 pkt 4 lit. a) oraz c) SWZ. Zmiana ta nastąpiła zatem już po złożeniu wyjaśnień cenowych. Z oczywistych względów więc wyjaśnienia te nie zawierają w swojej treści odniesienia do oferty Elmax.

63. Jakkolwiek nie można odmówić wykonawcy samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego, to Zamawiający nie powinien ignorować wpływu takiego działania na inne czynności podejmowane w toku Postępowania.

64. Biorąc pod uwagę treść art. 118 ust. 2 Pzp Elmax będzie zobowiązany do wykonania zakresu prac zgodnego z udostępnianym potencjałem. Skoro tak, to Zamawiający powinien upewnić się, że również przy skorzystaniu z tego podwykonawcy Konsorcjum PBO będzie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Zamawiający zaniechał jednak przeprowadzenia dalszego badania oferty pod kątem RNC, czym dopuścił się naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp.

65. Zarzut ten ma charakter ewentualny, powinien być rozpatrzony jedynie w przypadku oddalenia zarzutów zmierzających do wykluczenia Konsorcjum PBO z Postępowania/ odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie (pismo z dnia) zgłosił wykonawca: Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Pinczynie wnosząc o uwzględnienie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 27.05.2024 r. w szczególności podał: (...) Przystępujący w całości popiera stanowisko Odwołującego w niniejszej sprawie.

W odniesieniu do zarzutu II.1. bezsporny jest fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz zaniechania przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Niedopuszczalne jest, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, aby oferta wykonawcy, który składa niezgodne z rzeczywistością oświadczenie, co do istnienia wobec niego podstaw wykluczenia, została wybrana jako najkorzystniejsza. Niedopuszczalne jest również uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia w tym zakresie. Z tego względu zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP jest zasadny.

Zarzut określony w pkt II.2 również należy uznać za zasadny. Słusznie bowiem Odwołujący wywodzi, iż Konsorcjum PBO wyceniło zakres zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia, albowiem w swojej wycenie nie przewidziało wykonania urządzeń aktywnych i nie uwzględniło wszystkich rozwiązań narzuconych przez Zamawiającego. Z powyższego wynika, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jej wybór prowadzi nie tylko do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, ale również do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Na uwzględnienie zasługuje również zarzut z pkt II.3. Odwołania. Konsorcjum PBO nie potwierdziło spełnienia warunku w zakresie doświadczenia zawodowego. Z uwagi na fakt, że w tym przypadku wyczerpano procedurę wezwania do uzupełnienia, oferta Konsorcjum PBO podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP.

Przystępujący popiera również argumentację dotyczącą niewłaściwie przeprowadzonej procedury oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny – naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 PZP. Skoro wyjaśnienia opierały się m.in. na ofercie podwykonawcy – podmiotu trzeciego, z którego zasobów korzystało Konsorcjum PBO, to zmiana tego podmiotu powinna skutkować zbadaniem przez Zamawiającego możliwości wykonania zamówienia za cenę ofertową przy pomocy nowego podwykonawcy – podmiotu trzeciego (...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie (pismo z dnia) zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosowcu – Lider oraz WODPOL sp. z o.o. – Partner z/s w Żywcu wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24.05.2024 r.) podał: (...)

działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej „ustawa PZP”, wnosi odpowiedź na odwołanie i informuje, że:

1) uwzględni odwołanie w całości;

2) wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy PZP.”

W uzasadnieniu podniósł: „Wobec treści zarzutów skierowanych co do czynności zamawiającego oraz argumentacji przedstawionej przez Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie”.

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk sp. z o.o. z/s w Sosowcu – Lider oraz WODPOL sp. z o.o. – Partner z/s w Żywcu w piśmie z dnia 27 maja 2024 r. podał: (...) w związku z wezwaniem z dnia 24 maja 2024 r. (pismo nr UZP/BO/MP/13023/19031/24) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu:

a) w związku ze stanowiskiem procesowym Zamawiającego z dnia 24 maja 2024 r. tj. uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, na podstawie art. 523 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 508 ust. 1 PZP wnoszę sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

b) podtrzymuję wniosek o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego;

c)szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów odwołania Przystępujący przedstawi w odrębnym piśmie procesowym.(...)

W piśmie procesowym z dnia 27.05.2024 r. podał: (...)

1.Zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd

1.1Odwolujący twierdzi, że Przystępujący podał nieprawdziwą informację związaną z faktem wykluczenia go z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp (Lider konsorcjum – PBO Śląsk Sp. z o.o. udzielił w dokumencie JEDZ odpowiedzi twierdzącej na pytanie „Czy wykonawca może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji (...))”, podczas gdy Lider Konsorcjum PBO został prawomocnie wykluczony z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o wyżej wskazane przesłanki wykluczenia.

1.2W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, w związku z wykluczeniem PBO we wcześniejszym postępowaniu spółka PBO powinna przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 PZP, bo tylko taka procedura pozwala na skuteczne uchylenie się od skutków uprzedniego wykluczenia z postępowania.

1.3Odwolujący dokonuje błędnej wykładni przepisów PZP oraz w sposób automatyczny przekłada formalne wykluczenie wykonawcy z innego postępowania bez uwzględnienia szczególnej specyfiki jaka towarzyszyła temu wykluczeniu oraz pomija prawo Zamawiającego do dokonania samodzielnej oceny okoliczności, które legły u podstaw wykluczenia.

1.4Istota zarzutów postawionych przez Odwołującego sprowadza się do oceny czy wykluczenie wykonawcy z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chociażby miało wyłącznie wymiar formalny, automatycznie powoduje, że wobec wykonawcy zachodzi dana podstawa wykluczenia również w innych postępowaniach, a w konsekwencji czy podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi sam fakt wcześniejszego wykluczenia czy wystąpienie danego zdarzenia, któremu można przypisać znamiona danej przesłanki wykluczenia. Zasadnicze znaczenie dla oceny zarzutów ma prawo Zamawiającego do samodzielnej oceny okoliczności związanych z wcześniejszym wykluczeniem z postępowania.

[Formalne wykluczenie przystępującego z wcześniejszego postępowania]

1.5Podstawą zarzutów Odwołującego nie są okoliczności, które legły u podstaw wykluczenia we wcześniejszym postępowaniu - Odwołujący nie próbuje wykazać, czy informacje które zostały przekazane przez spółkę PBO we wcześniejszym postępowaniu miały charakter informacji wprowadzających w błąd lub były niezgodne ze stanem rzeczywistym. Zarzut Odwołującego jest oparty wyłącznie na okoliczności, iż w innym postępowaniu, innym zamawiający wykluczył spółkę PBO na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP (z uwagi na umyślne wprowadzenie w błąd lub działanie w warunkach rażącego niedbalstwa). Niemniej jednak, w celu kompleksowego wyjaśnienia okoliczności związanych z wykluczeniem we wcześniejszym postępowaniu konieczne jest zwięzłe przedstawienie faktów i zdarzeń, które doprowadziły do wykluczenia spółki PBO.

1.6Przystępujący (spółki PBO) brała udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha”, nr ref. ZP 226-7/21 („Postępowanie-Przysucha”), prowadzonym przez zamawiającego – Sąd Okręgowy w Radomiu („Zamawiający-SO”).

1.7Jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu było doświadczenie personelu, w tym kierownika robót w specjalności inżynierii drogowej, a punktacji podlegała liczba doświadczeń przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi. W Postępowaniu Wykonawca wykazał doświadczenie p. P.H. dotyczące inwestycji polegającej na Rozbudowie Zespołu Szkół Ogólnokształcących przy ul. Powstańców w Żorach o halę sportową z łącznikiem i zapleczem socjalno-technicznym wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu oraz przebudową i odtworzeniem infrastruktury sportowej („Inwestycja”).

1.8W dniu 12 września 2022 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę spółki EBS-BUD sp. z o.o. („EBS-BUD”). Z uwagi na nieuwzględnienie w punktacji doświadczenia p. P.H. dot. ww Inwestycji (1 pkt) oferta Wykonawcy została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, uzyskując 99 pkt, zaś oferta najkorzystniejsza 99,89 pkt.

1.9Uzasadnienie dla powodów nieprzyznania punktów nie zostało zawarte w informacji o ocenie ofert. Dopiero po zapoznaniu się z protokołem postępowania spółka PBO powzięła wiedzę, że powodem nieprzyznania punktów miało być to, że rzekomo Inwestycja nie obejmowała budowy miejsc postojowych, którą to informację Zamawiający-SO miał pozyskać z Urzędu Miasta Żory.

1.10 PBO wniosła odwołanie od decyzji Zamawiającego-SO kwestionując m.in. zaniechanie przyznania punktów za doświadczenie dotyczące Inwestycji oraz zaniechanie wykluczenia EBSBUD (sygn. akt KIO 2494/22) jak również odwołanie wniósł wybrany wykonawcy (EBS-BUD) (sygn. akt KIO 2490/22) jak kwestionując m.in. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP. Odwołujący EBS-BUD sp. z o.o. ten twierdził, że

informacje przekazane przez PBO, a dotyczące doświadczenia p. P.H. były informacjami wprowadzającymi w Zamawiającego w błąd i z tego względu domaga się wykluczenia PBO, który znajdował się na niższej pozycji w rankingu ofert. Termin rozpoznania obu odwołań został wyznaczony na 5 października 2022 r.

1.11W dniu 3 października 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie PBO uwzględnił odwołanie EBS-BUD sp. z o.o. w całości, a w dniu 4 października 2022 r. dokonał unieważnienia czynności z 12 września 2022 r. oraz ponowił czynność wyboru spółki EBS-BUD i wykluczył spółkę PBO z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 8 i 10 Pzp tj. zgodnie z zarzutami i żądaniem sformułowanym w odwołaniu EBS-BUD.

Spółka PBO nie przystąpiła skutecznie do postępowania odwoławczego EBS-BUD i wykonawca nie mógł bronić się przed bezzasadnymi zarzutami odwołania jak również nie mógł następnie, zakwestionować bezpodstawnej czynności wykluczenia Zamawiającego z 4 października 2022 r. Zgodnie z art. 527 PZP: na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.

1.12Spółka PBO powzięła wiedzę o odwołaniu EBS-BUD dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiającego-SC na odwołanie (pismo z 3 października 2022 r.). W dniu 4 października 2022 r. PBO zgłosiła przystąpienie, wyjaśniając powody niedochowania terminu, niemniej jednak Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zgłoszonego przystąpienia.

Dowód: Przystąpienie PBO do sprawy KIO 2490/22 wraz z załącznikami (Załącznik nr 1 do pisma).

1.13Z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego-SO i nieprzystąpienie do postępowania innego wykonawcy postępowania o sygn. akt KIO 2490/24 zostało umorzone na posiedzeniu niejawnym.

Dowód: Postanowienie KIO z 4 października 2022 r. KIO 2490/22 (Załącznik nr 2 do pisma).

1.14Zamawiający-SO w dniu 4 października 2022 r. unieważnił zaskarżoną odwołania przez PBO i EBSBUD czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania EBS-BUD wykluczył BO z postępowania na podstawie art. 109 ust. 8 i 10 PZP i dokonał ponownego wyboru oferty EBS-BUD.

1.15Z powyższych względów, na posiedzeniu dotyczącym odwołania PBO w dniu 5 października 2022 r., z uwagi na unieważnienie (wycofanie z obrotu zaskarżonej czynności) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt. 2 PZP z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Dowód: Postanowienie KIO z 5 października 2022 r. KIO 2494/22 (Załącznik nr 3 do pisma).

1.16Okolicznością sporną pomiędzy PBO, Zamawiającym-SO i EBS-BUD Sp. z o.o. było to czy Inwestycja dotycząca budowy budynku obejmowała również miejsca postojowe/parkingowe. Okoliczność tą, na korzyść PBO, potwierdzają zarówno referencje wystawione przez inwestora (Miasto Żory) – z których wynikało, że w ramach inwestycji wykonano podbudowy oraz nawierzchnie z kostki betonowej wraz z odwodnieniem parkingów, oraz dróg i ciągów pieszo-jezdnymi, a jednocześnie ww. nawierzchnie stanowią miejsca postojowe/ parkingi dla użytkowników obiektu i pracowników szkoły (co obrazują załączone zdjęcia).

Dowód: 4.1 - Referencje Żory 2020 (Załącznik nr 4.1 do pisma).

4.2- Oznaczenie miejsc postojowych (Załącznik nr 4.2 do pisma).

4.3- Żory D2. Plan zagospodarowania terenu (Załącznik nr 4.3 do pisma).

1.17Co istotne, Zamawiający-SO w trakcie oceny ofert nie uznał, że doszło do wprowadzenia w błąd, a swoją wcześniejszą decyzję zmienił wyłącznie na skutek odwołania EBS-BUD.

1.18Wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP, której miało miejsce w Postępowaniu-Przysucha, miało zatem charakter wyłącznie formalny i wynikało z przyjętej przez Zamawiającego-SO strategii procesowej dotyczącej zwalczania odwołania wniesionego przez PBO od wyboru oferty EBS-BUD:

a)Zamawiający-SO wiedział, że spółka PBO nie przystąpiła do odwołania wniesionego przez EBS-BUD, a więc nie będzie mogła wnieść sprzeciwu, w trybie art. 523 PZP, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania EBS-BUD;

b)w związku z uwzględnieniem odwołania EBS-BUD przez Zamawiającego w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 8 i 10 PZP, Zamawiający-

SO unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonał ponownej oceny ofert;

c)po dokonaniu ponownej oceny ofert, Zamawiający-SO wykluczył PBO z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP (wskutek uwzględnienia zarzutów odwołania EBS-

BUD) oraz dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty EBS-BUD;

d)w konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która została zaskarżona przez PBO, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze z odwołania PBO;

e)w związku z przepisem art. 527 PZP PBO nie mogła zaskarżyć tej czynności Zamawiającego, a tym samym nie mogło kwestionować formalnego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP.

[Błędna wykładnia przepisów PZP dokonana przez Odwołującego]

1.19Przystępujący, w formularzu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie:

Czy wykonawca może potwierdzić, że:

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

udzielił odpowiedzi zgodnej ze stanem rzeczywistym tj. że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd.

1.20 Powyższą okoliczność Przystępujący potwierdził w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

1.21 Dla zachowania pełnej przejrzystości Przystępujący poinformował Zamawiającego o okolicznościach związanych z wykluczeniem w Postępowaniu-Przysucha (wykonawca złożył dodatkowy dokument: Wyjaśnienia dot. JEDZ – w aktach Postępowania), w którym opisał okoliczności związane z wykluczeniem.

1.22 Zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonując oceny sytuacji podmiotowej Przystępującego dysponował zatem pełną wiedzą i uznał, że okoliczności związane z wykluczeniem z Postępowania-Przysucha nie stanowią podstawy do wykluczenia w niniejszym postępowaniu.

1.23 Twierdzenia Odwołującego co do tego, że Przystępujący dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd są o tyle absurdalne, że przecież sam Odwołujący powziął wiedzę o wykluczeniu Przystępującego w Postępowania-Przysucha na podstawie informacji przekazanych Zamawiającemu przez Przystępującego w postępowaniu (!) (dokument: Wyjaśnienia dot. JEDZ – w aktach Postępowania).

1.24 Odwołujący stoi jednak na stanowisku, że skoro Przystępujący (PBO) został prawomocnie wykluczony z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP, to oznacza, że powinien również w niniejszym Postępowaniu w JEDZ przyznać, że podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisów PZP, składając oświadczenie w formularzu JEDZ, iż podlega wykluczeniu.

1.25 Jak twierdził Odwołujący (pkt. 13 odwołania): Całokształt zaistniałych zdarzeń (zarówno w tym Postępowaniu, jak i postępowaniu w którym PBO Śląsk zostało prawomocnie wykluczony) nie pozostawia złudzeń, że wykonawca ten w sposób nieprawidłowy wypełnił dokument JEDZ w Postępowaniu, dopuszczając się po raz kolejny wprowadzenia zamawiającego w błąd.

1.26 Odnosząc się do stanowiska Odwołującego należy po pierwsze zauważyć, że formalne wykluczenie z innego postępowania nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia również w innych postępowaniach.

1.27 Podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 8 i 10 PZP odnoszą się bowiem do sytuacji faktycznej, gdy wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd” lub „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”, a nie gdy podlegał wcześniej wykluczeniu na podstawie ww. przepisów. Badając podstawy wykluczenia zamawiający ocenia bowiem okoliczności faktyczne, a nie formalne zastosowanie danej podstawy wykluczenia przez innego zamawiającego w innym postępowaniu.

1.28 O powyższym świadczy, po pierwsze, pytanie na które wykonawca udziela odpowiedzi w JEDZ dotyczącej podstaw wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP. Pytanie sformułowane w JEDZ nie dotyczy tego, czy wykonawca w przeszłości podlegał wykluczeniu w innym postępowaniu na podstawie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP, ale czy był winny wprowadzenia w błąd. Z kolei podstawą do oceny „winy” są okoliczności i zdarzenia, które miały polegać na wprowadzeniu zamawiającego w błąd.

1.29 W okolicznościach sprawy istotne jest to, że Odwołujący nie twierdzi ani nie wykazuje, że Przystępujący dopuścił się wprowadzenia w błąd w Postępowaniu-Przysucha, ale opiera się wyłącznie na decyzji Zamawiającego-SO dotyczącej wykluczenia, która jak wykazano powyżej, miała charakter formalny i wynikała z przyjętej przez tego zamawiającego strategii procesowej.

1.30 Przystępujący, w JEDZ oraz w późniejszym oświadczeniu o aktualizacji informacji zawartych w JEDZ przekazał zatem informacje zgodne ze stanem faktycznym i własną oceną okoliczności, które wystąpiły w Postępowaniu-Przysucha. Dla zachowania pełnej transparentności, Przystępujący poinformował również Zamawiającego o okolicznościach związanych z wykluczeniem w Postępowaniu-Przysucha.

1.31 Co równie ważne, oświadczenia składane przez Przystępującego w trakcie Postępowania pozostają spójne i konsekwentne – tzn. Przystępujący konsekwentnie twierdzi bowiem, że nie jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd.

1.32 W konsekwencji, nie ma też podstaw do przeprowadzenia samooczyszczenia przez Przystępującego, bo przeprowadzenie procedury byłoby kwalifikowane jako przyznanie się Przystępującego do winy, podczas gdy informacje i oświadczenia przekazane w trakcie Postępowania-Przysucha były zgodne z rzeczywistością, a spółka PBO nie przekazała Zamawiającemu-SO informacji nieprawdziwych, a tym bardziej nie działała w warunkach umyślności lub rażącego niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP).

[Prawo zamawiającego do samodzielnej oceny podstaw wykluczenia]

1.33 W okolicznościach sprawy kluczowe jest to, że Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonać samodzielnej oceny czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Uprawnienie do wykluczenia wykonawcy z

postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każdy zamawiający, ma w szczególności na celu umożliwienie mu oceny uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców, a zamawiający nie jest związany oceną dokonaną czy to przez innych zamawiających czy też przez instytucje odwoławcze. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasady proporcjonalności, co podkreśla się w motywie 101 Dyrektyw 2014/24/UE: Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

1.34 Ocena sytuacji podmiotowej wykonawcy musi być dokonywana przez zamawiającego w sposób indywidualny, a decyzje podjęte w poprzednich postępowaniach stanowią jedynie tło, czy też wskazówkę działania, lecz nigdy wiążącą dyrektywę. Zabroniony w związku z tym jest jakikolwiek automatyzm, który sprowadzałby się do każdorazowego wykluczania wykonawców z wszelkich postępowań przetargowych tylko dlatego, że inny zamawiający podjął taką decyzję. Takie działanie zaprzeczałoby bowiem charakterowi przesłanek wykluczenia, które powinny być oceniane w sposób indywidualny przez zamawiającego i nie powinny powielać oceny podmiotowej dokonanej przez inne podmioty.

1.35 Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE (wyrok z 19 czerwca 2019 r. C-41/18, pkt. 28, 29, 34): Z brzmienia owego przepisu [art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE] wynika więc, że to instytucji zamawiającej, a nie sądowi krajowemu, powierzono dokonanie oceny, czy danego wykonawcę należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia (...) prawodawca Unii zamierzał powierzyć instytucji zamawiającej i tylko jej, na etapie selekcji oferentów, dokonanie oceny, czy danego kandydata lub oferenta należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia (...) uprawnienie, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca w zakresie wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów.

1.36 Podobnie, w wyroku TSUE z 3 października 2019 r., C-267/18, pkt. 26, 27 wskazuje się, że: Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia. (...) Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny.

1.37 Stanowisko przyjęte przez TSUE jest również podzielane w polskim orzecznictwie, czego przykładem jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 kwietnia 2024 r. (sygn. akt XXIII Zs 131/23), w którym wprost wskazano, że (...) nie ma racji zamawiający, że jest związany oceną innego zamawiającego i nie może samodzielnie podważyć jego oceny co do podstaw wykluczenia. Z cytowanego wyroku C-267/18 wynika okoliczność przeciwna. Zamawiający ma autonomię w ocenie podstaw wykluczenia, jakkolwiek w razie sporu, musi wykazać zasadność swojej oceny.

1.38 Stanowisko w tym zakresie zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3196/23), gdzie zwróciła uwagę, że [w] doktrynie wskazuje się, że każda instytucja zamawiająca w stanie faktycznym konkretnej sprawy ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a co za tym idzie - może samodzielnie decydować, czy w jej ocenie wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Uprawnienie to stanowi realizację zasady proporcjonalności, którą należy bezwzględnie stosować w chwili podejmowania decyzji o zastosowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Instytucje zamawiające w przypadku przesłanek fakultatywnego wykluczenia powinny bezwzględnie mieć na uwadze zasadę proporcjonalności, która oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględnia charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie nieprawidłowości. Dopiero po szczegółowym rozpoznaniu wszystkich okoliczności podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania (tak Gawrońska-Baran Andrzej w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2023). Decyzja o wykluczeniu opierać się powinna na własnej ocenie zamawiającego m.in. ze względu na konieczność zastosowania zasady proporcjonalności i wzięcia pod uwagę ewentualnego drobnego charakteru popełnionych nieprawidłowości lub powtarzania drobnych nieprawidłowości. Zasadne wydaje się w tej sytuacji przyjęcie za wzorcowe zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień co do stanu faktycznego sprawy (Małgorzata Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer 2021).

1.39 Decyzje podjęte przez poprzednich zamawiających mogą mieć walor „prawomocności” (jak twierdzi Odwołujący), ale tylko w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na zasadę proporcjonalności decyzje zamawiających nie mają jednak waloru „powagi rzeczy osądzonej” (res iudicata) i automatycznie powodować uznania danego wykonawcy za podlegającego wykluczeniu, ponieważ osąd w tym zakresie powinien być dokonywany każdorazowo przez danego zamawiającego w danym postępowaniu.

1.40 To, że zamawiający podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy z danego postępowania nie może zatem oznaczać, że decyzja ta będzie wiązać wszystkich kolejnych zamawiających przez określony okres (w przypadku

przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 8 ZPP - 2 lat). Taki automatyczny mechanizm rażąco naruszałby przyjętą w orzecznictwie TSUE zasadę indywidualnej oceny podmiotowej wykonawców oraz podważałby zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP).

1.41Z uwagi na charakter podstaw wykluczenia oraz stosunek zaufania pomiędzy wykonawcą i zamawiającym to zamawiający w danym postępowaniu ocenia, czy dane okoliczności, w tym związane z wcześniejszym wykluczeniem, zamawiający kwalifikuje jak faktyczne wystąpienie podstaw wykluczenia w danym postępowaniu. W tym zakresie, co wynika z przytoczonego powyżej orzecznictwa TSUE, zamawiający nie jest związany wcześniejszymi decyzjami innych zamawiających (np. Zamawiającego-SO) czy nawet orzeczeniami sądów krajowych (por. wyrok TSUE C-41/18 oraz C-267/18).

1.42W związku z tym, nie można uznać jak usiłuje wykazać to Odwołujący, że Zamawiający był związany oceną Zamawiającego-SO, a Przystępujący ze względu na prawomocność decyzji o jego wykluczeniu powinien przez dwa kolejne lata we wszystkich postępowaniach negatywnie odpowiadać na przedmiotowe pytanie w oświadczeniu JEDZ i przeprowadzać procedurę samooczyszczenia.

1.43Decyzja podjęta przez Zamawiającego powinna być samodzielna i właśnie w tym celu Przystępujący przekazał Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia dotyczące JEDZ, które miały przybliżyć Zamawiającemu okoliczności wykluczenia Przystępującego z innego postępowania oraz umożliwić dokonanie własnej oceny sytuacji podmiotowej tego wykonawcy. W związku z tym nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, czy też o obowiązku przeprowadzenia procedury self-cleaning.

1.44O braku zasadności argumentów Odwołującego świadczy również treść art. 111 pkt 5 PZP zgodnie z którym: Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

1.45Jak wynika z przytoczonego przepisu: okres wykluczenia biegnie od dnia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia, a nie od zdarzenia polegającego na wykluczeniu wykonawcy z innego postępowania. Z uwagi na indywidualny charakter oceny podstaw wykluczenia zamawiający mają obowiązek ocenić okoliczności faktyczne, które legły u podstaw wykluczenia (zdarzenie), a nie kierować się wyłącznie wykluczeniem dokonany przez innego zamawiającego.

1.46Odwołujący pomija również okoliczność, że czynność wykluczenia wykonawcy PBO przez Zamawiającego-SO była wynikiem czysto technicznej czynności zamawiającego, związanej z uwzględnieniem zarzutów odwołania EBS-BUD. Należy zatem taką okoliczność w sposób wyraźnie odróżnić od standardowego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP, gdzie wykonawca w sposób umyślny lub w wyniku lekkomyślności przekazał zamawiającemu informacje wprowadzającą w błąd.

1.47Co więcej, czynność wykluczenia spółki PBO z postępowania i rzekome wprowadzenie w błąd nie podlegało kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. KIO umorzyła postępowania odwoławcze, a tym samym nie rozstrzygnęła merytorycznie, czy faktycznie miało miejsce wprowadzenie zamawiającego w błąd.

1.48W związku z powyższym, wykonawca PBO miał uzasadnione podstawy do odpowiedzenia na przedmiotowe pytanie z oświadczenia JEDZ w sposób twierdzący, ponieważ zdaniem wykonawcy PBO Śląsk nigdy nie był on „winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji”.

1.49Analogicznie, wykonawca PBO w sposób prawidłowy złożył oświadczenie o aktualności informacji z JEDZ, potwierdzając brak podstaw do podlegania wykluczeniu z Postępowania. W celu zachowania jednak pełnej transparentności, wykonawca PBO Śląsk złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące okoliczności wykluczenia go z Postępowania Przysucha, gdzie wyczerpująco opisał okoliczności tego wykluczenia oraz uzasadnił, dlaczego zasadnym było udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie w treści oświadczenia JEDZ.

2. Zarzut rzekomej niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia

2.1Odnosząc się do rzekomej niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, należy zauważyć, że uzasadnienie tego zarzutu opiera się wyłącznie na przypuszczeniach i domniemaniach Odwołującego, które nie zostały poparte żadnymi wiarygodnymi i przekonującymi dowodami.

2.2W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący odniósł się do przygotowanej przez Przystępującego Tabeli budowy oferty wg ofert podwykonawców, stanowiącej część wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29 lutego 2024 r. i wywnioskował, że oferta podwykonawcy QUMAN sp. z o.o. opiewała na kwotę 18 222 255,08 zł netto.

2.3Odwołujący nie ma wiedzy co do treści oferty Odwołujący, która została przedstawiona Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami dot. kalkulacji ceny z 29 lutego 2024 r. (okoliczność przyznana przez Odwołującego w odwołaniu). Odwołujący opiera zarzut na ofercie, którą sam pozyskał od QUMAN sp. z o.o. tj.:

a) pierwszej ofercie, datowanej na dzień 2 lutego 2024 r. została wyceniona na kwotę 14 206 216,00 zł netto, która miała nie obejmować wykonania urządzeń aktywnych oraz

Systemu AV;

b) drugiej ofercie, otrzymanej już po terminie składania ofert i po uwzględnieniu wykonania urządzeń aktywnych oraz Systemu AV została wyceniona na kwotę 20 472 326,88 zł netto.

2.4 Na tej podstawie Odwołujący uznał, że oferta podwykonawcy QUMAN sp. z o.o., która została przedłożona przez Przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny i objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, nie uwzględniała ceny urządzeń aktywnych LAN oraz Systemu AV, a w pozostałym zakresie bazowała na zamiennikach, które nie spełniają oczekiwań Zamawiającego.

2.5 Twierdzenie Odwołującego nie zostało poparte jednak żadnym materiałem dowodowym, które w jakikolwiek sposób potwierdzałoby jego przypuszczenia. Odwołujący w szczególności nie załączył do Odwołania ofert, które rzekomo otrzymał od podwykonawcy QUMAN sp. z o.o., zarówno tej z 2 lutego 2024 r. jak i tej otrzymanej po terminie składania ofert. Wskazywane przez niego wartości cenowe, jak i sama treść oferty nie zostały zatem w jakikolwiek sposób potwierdzone czy też przynajmniej uprawdopodobnione.

2.6 Również twierdzenie jakoby oferta podwykonawcy QUMAN sp. z o.o., ze względu na swoją wartość, nie uwzględniała wykonania urządzeń aktywnych i systemu AV, jest również całkowicie bezzasadne.

2.7 Po pierwsze, oferta QUMAN sp. z o.o., (załącznik nr 3.17 do wyjaśnień Przystępującego z 29 lutego 2024 r.) uwzględniała zarówno wykonanie urządzeń aktywnych (pkt. 4.1 oferty), jak i wykonanie Systemu AV (pkt. 5.1 oferty), co zostało zresztą odpowiednio wycenione w treści oferty.

Dowód: Oferta Quman - załącznik nr 3.17 do wyjaśnień Przystępującego z 29 lutego 2024r. (w aktach Postępowania).

2.8 Całkowicie pozbawione uzasadnienia jest również twierdzenie Odwołującego, że oferta podwykonawcy QUMAN sp. z o.o. bazowała na zamiennikach, które nie spełniają oczekiwań Zamawiającego. Takie stanowisko zostało oparte wyłącznie na przypuszczeniach samego Odwołującego oraz treści ofert otrzymywanych od tego samego podwykonawcy. W żadnym jednak stopniu nie odnosi się to do rzeczywistej treści oferty otrzymanej przez Przystępującego, w której nie ma żadnego zastrzeżenia na temat zamienników i równocześnie widnieje wyraźny zapis podwykonawcy, że ofertę przygotowano w oparciu o wytyczne Zamawiającego, postanowienia SWZ oraz projekt wykonawczy.

Dowód: Oferta Quman - załącznik nr 3.17 do wyjaśnień Przystępującego z 29 lutego 2024r. (w aktach Postępowania).

2.9 Potwierdzeniem powyższego jest również dodatkowe oświadczenie złożone przez podwykonawcę QUMAN sp. z o.o., w który jednoznacznie wskazano, że (...) przedmiotowa oferta obejmuje kompleksowe wykonanie instalacji elektrycznych i teletechnicznych w pełnym zakresie, w tym urządzenia aktywne (ppk. Oferty 4.1) oraz System AV (ppk. 5.1). Ponadto, podwykonawca jeszcze raz podkreślił, że [o]ferta została przygotowana w oparciu o wytyczne Zamawiającego przedstawione w SWZ oraz Projekt Wykonawczy.

Dowód: Oświadczenie podwykonawcy QUMAN sp. z o.o. z dnia 21 maja 2024 r. (Załącznik nr 5 do niniejszego Pisma).

2.10 Z powyższego wynika, że zarzut Odwołującego został oparty na przypuszczeniach, które nie znajdują potwierdzenia w warunkach handlowych oferowanych, które Przystępujący otrzymał od firmy QUMAN sp. z o.o. Odwołujący, ze względu na zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa oferty podwykonawcy QUMAN sp. z o.o., nie mógł się zapoznać z treścią tego dokumentu, w związku z czym buduje zarzut na ofercie, czy ofertach które Odwołujący pozyskał od podwykonawcy.

2.11 Taki zabieg pozbawia jednak z góry wiarygodności stawianego przez Odwołującego zarzutu, ponieważ Odwołujący całkowicie pomija fakt, że podwykonawca QUMAN sp. z o.o., tak samo jak każdy inny przedsiębiorca nawiązuje różne stosunki handlowe i biznesowe, w ramach których oferuje swoje usługi na różnych warunkach cenowych. Wartości przyjmowane w ofertach zależą zatem od specyfiki stosunków handlowych i biznesowych między podwykonawcą a wykonawcą, przez co nie są identyczne, lecz różnią się względem siebie w zależności od przyjętych zasad współpracy, upustów czy zniżek.

2.12 Przystępujący od wielu lat z firmą Quman sp. z o.o. przy realizacji wielu analogicznych projektów. Z uwagi na długoletnią współpracę jest w stanie uzyskać bardzo korzystne warunki handlowe (ceny) od tego podwykonawcy. To, że Odwołujący otrzymał od tej samej firmy mniej korzystną ofertę, nie oznacza, że jednak że inni wykonawcy, w tym Przystępujący nie mogą otrzymać oferty, która za większy zakres prac zaproponuje niższe wynagrodzenie.

2.13 Fakt otrzymania przez Odwołującego mniej korzystnej oferty, choć od tego samego podmiotu co Przystępujący przemawia dodatkowo za zasadnością zastrzeżenia takiej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ udowadnia, że Przystępujący korzysta ze szczególnych warunków handlowych i biznesowych, które nie zawsze dostępne są innym wykonawcom.

2.14 Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut Odwołującego nie został należycie udowodniony i opiera się na przypuszczeniach i domniemaniach, które nie mają żadnego znaczenia dla oceny realności zaproponowanej w ofercie podwykonawcy QUMAN sp. z o.o. ceny oraz zakresu prac.

3. Zarzut dotyczący rzekomego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu

3.1W odniesieniu do zarzutu Odwołującego dotyczącego rzekomego braku spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ należy wskazać, że zostało ono oparte na błędnej oraz zawężającej interpretacji ww. warunku udziału w Postępowaniu, które nie poparte jest ani celem przedmiotowego warunku ani jego literalną treścią.

3.2Celem wykazania warunku udziału w Postępowaniu Przystępujący w pierwszej kolejności oparł się na doświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby w postaci firmy QUMAN sp. z o.o., jednak wraz z przedłożeniem podmiotowych środków dowodowych poinformował o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby na firmę ELMAX Żywicki sp. z o.o. Podmiot ten na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ powołał się na doświadczenie nabyte w ramach zadania pn. Wykonanie instalacji elektrycznych i niskoprądowych dla zadania pn.: Centrum Sterowania Ruchem Programu ITS realizowanego przez Siemens Mobility sp. z o.o.

3.3Wykazane przez ten podmiot doświadczenie nie spełnia jednak zdaniem Odwołującego ww. warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ jak wskazano w Odwołaniu [z]adanie sprowadzało się do wyposażenia w elementy systemu przeciwpożarowego jedynie nowoprojektowanych pomieszczeń Centrum Sterowania Ruchem o łącznej pow. ok. 380 m² i kubaturze ok. 2400 m³

w wydzielonej części istniejącego budynku Stadionu Miejskiego w Tychach będącego obiektem o powierzchni zabudowy ok. 16,8 tys. m² i pow. przestrzeni komercyjnej ponad 5 tys. m² oraz kubaturze ok. 141 tysięcy m³. Zakres prac na tym zadaniu obejmował tylko kilka pomieszczeń w istniejącym budynku i wykonany był w oparciu o istniejącą już infrastrukturę przeciwpożarową. Na tej podstawie Odwołujący uznał, że nie może być spełniony warunek udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ, ponieważ podmiot ten nie wykonał instalacji sygnalizacji pożarowej ochrony całego budynku, lecz wyłącznie w zakresie Centrum Sterowania Ruchem, a zatem części powierzchni Stadionu Miejskiego w Tychach.

3.4Przyjęte przez Odwołującego stanowisko stanowi jednak przejaw zawężającej interpretacji warunku udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ, która jest sprzeczna zarówno z jego literalnym jak i funkcjonalnym brzmieniem.

3.5Zgodnie z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ o przedmiotowe zamówienie może ubiegać się wykonawca, który (...) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania) z co najmniej jednym z systemów wymienionych w lit. b. W § 11 ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ dopuszczono następujące systemy:

- 1)kontroli dostępu (SKD),
- 2)systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN),
- 3)systemu telewizji dozorowej (CCTV),
- 4)komunikacji głosowej,
- 5)nagłośnienia informacyjnego.

3.6Z wykładni treści ww. warunku udziału w Postępowaniu wynika, aby realizowanie i uruchomienie instalacji systemu sygnalizacji pożarowej dotyczyło ochrony całkowitej w budynku. W treści § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ nie ma jednak mowy o tym, aby taka ochrona całkowita obejmowała cały budynek. Wymagane jest wyłącznie to, aby została ona zlokalizowana w budynku, bez względu na powierzchnie objętą taką ochroną, o czym świadczy użyte w opisie warunku przyimek „w” budynku.

3.7Zamawiający formułując warunek udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ nie wyraził zatem wymogu, aby ochrona całkowita obejmowała cały budynek, lecz aby była ona zlokalizowana w budynku. W treści tego warunku nie znalazło się bowiem żadne zastrzeżenie, aby ochrona całkowita obejmowała określoną powierzchnię, czy też kubaturę, wymagane jest jedynie to, aby taka ochrona została zrealizowana i uruchomiona w budynku.

3.8Tym samym Odwołujący dokonał wykładni zawężającej warunku udziału w Postępowaniu, a taki sposób interpretowania postanowień SWZ jest niedopuszczalny. Jak bowiem podkreśla w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, [o]kreślenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych spoczywa na Zamawiającym, który podaje te wymagania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymagania niewyartykułowane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że spełnianie warunków nie zostało wykazane. Stanowisko przeciwne nie ma oparcia w przepisach ustawy Pzp ani w postanowieniach SIWZ, a jego przyjęcie prowadziłoby do modyfikacji wymagań na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niedopuszczalna jest interpretacja zawężająca wymagań określonych w SIWZ, a wszelkie wątpliwości co do treści wymagań należy wyklądać na korzyść wykonawców.

3.9Izba w orzecznictwie wypracowała zatem zakaz dokonywania zawężającej interpretacji postanowień SWZ, a jeżeli

powstają jakiegokolwiek wątpliwości co do wykładni poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, wskazuje, że należy ich treść interpretować na korzyść wykonawcy (in dubio contra proferentem). Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Izby, (...) nie można dokonać po upływie terminu składania ofert zawężenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu do treści, choćby nawet racjonalnie oczekiwanej przez odwołującego. Zamawiający ma prawo ukształtować warunek udziału w postępowaniu kładąc nacisk na te elementy, które w jego ocenie zagwarantują mu uzyskanie prawidłowej realizacji usługi. [...] Mając to na uwadze Izba uwzględniając zasady równego traktowania wykonawców doszła do przekonania, że zawężenie brzmienia warunku na obecnym etapie jest niedopuszczalne i zgodnie z wieloletnim ugruntowanym stanowiskiem Izby wszelkie wątpliwości mogące powstać na gruncie treści siwz, Izba przyjęła interpretować na korzyść wykonawców, w tym przypadku zatem należało literalnie odczytać postanowienia siwz i przyznać rację zamawiającemu i przystępującemu.2

3.10Biorąc powyższe pod uwagę, zaprezentowana przez Odwołującego interpretacja sformułowania „ochrony całkowitej w budynku” zawartego w § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ stanowi przykład zawężającego interpretowania postanowień SWZ. Za przyjęciem takiej wykładni nie przemawia również cel samego warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ Zamawiający wprowadzając go do treści SWZ wymagał pozyskania doświadczenia w realizowaniu i uruchamianiu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrony całkowitej w budynku, bez względu na to jaka powierzchnia budynku została objęta taką ochroną.

3.11Samo natomiast odniesienie w § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ do doświadczenia podobnego do przedmiotu zamówienia dotyczyło nie zamontowania i uruchomienia instalacji przeciwpożarowej w całym budynku, czy też o określonej kubaturze, lecz do samego faktu nabycia doświadczenia w wykonaniu i uruchomieniu instalacji przeciwpożarowej w budynku. To było kluczowe dla Zamawiającego, a nie fakt, że taka instalacja obejmowała całą powierzchnię budynku, czy też jego określoną część (powierzchni czy kubaturze).

3.12Przyjęta przez Odwołującego interpretacja spornego warunku udziału w Postępowaniu sprowadzałaby się zresztą do dyskryminacji wykonawców, którzy nabyli większe doświadczenie, ponieważ podążając wykładnią Odwołującego warunek spełniłby wykonawca, który uruchomił taką instalację w całym, choć niewielkim budynku, a nie spełniłby go wykonawca, który wprawdzie uruchomił instalację w części budynku, jednak powierzchnia tej części kilkukrotnie przewyższałaby powierzchnię budynku, w którym wykonał instalację pierwszy wykonawca. Taki sposób interpretacji § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ jest zatem dyskryminujący dla wykonawców oraz nie spełnia celu założonego przez Zamawiającego.

3.13Niedopuszczalne jest zatem sztuczne, zawężające i nie poparte nawet literalną treścią warunku udziału w Postępowaniu interpretowanie postanowień SWZ. Warunek ten odnosi się bowiem wyłącznie do „ochrony całkowitej w budynku” i nie należy wyklądać go w taki sposób, że wymagał on objęcia taką ochroną całej powierzchni budynku. Tym samym, doświadczenie wykazane przez podmiot udostępniający zasoby należy uznać za wystarczający celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, nawet jeżeli prace nim objęte dotyczyły części, a nie całości powierzchni Stadionu Miejskiego w Tychach.

3.14Odnosząc się natomiast do sugestii jakoby zakres prac objęty doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby ELMAX Żywicki sp. z o.o. wykonany był w oparciu o istniejącą już infrastrukturę przeciwpożarową, należy podkreślić, że twierdzenie to również nie jest zgodne z prawdą.

3.15Zgodnie z postanowieniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) ww. doświadczenie nie polegało wyłącznie – jak to sformułował Odwołujący – na „domontowaniu” czujników wykrywania dymu, sygnalizatorów akustycznych czy ręcznych przycisków wyzwalających, lecz polegało na zrealizowaniu i zamontowaniu samodzielnej instalacji przeciwpożarowej, która obejmowała w szczególności instalację systemu alarmowego, systemu wykrywania i sygnalizowania pożaru oraz systemu kontroli dostępu. W ramach tego doświadczenia firma ELMAX Żywicki sp. z o.o. nabyła zatem szerokie doświadczenie w montowaniu urządzeń i organizowaniu ochrony przeciwpożarowej w pomieszczeniach budynku użyteczności publicznej.

3.16Zamontowany i uruchomiony system jest przy tym niezależnym i odrębnym systemem ochrony przeciwpożarowej i obejmuje Centrum Sterowania Ruchem, a zatem wydzielonej części Stadionu Miejskiego w Tychach. Zainstalowany system przeciwpożarowy spełnia zatem wymóg zapewnienia ochrony całkowitej, ponieważ po pierwsze zamontowana instalacja przeciwpożarowa zapewnia ochronę całkowitą pomieszczeń i ma charakter kompleksowy, a po drugie została wykonana w ramach odrębnej części budynku, spełniającej określone zadania i w tym celu oddzielona od pozostałych pomieszczeń Stadionu Miejskiego w Tychach.

3.17Potwierdzeniem samodzielności zainstalowanego przez firmę ELMAX Żywicki sp. z o.o. systemu przeciwpożarowego jest oświadczenie złożone przez ten podmiot w dniu 21 maja 2024 r., w który podkreślono, że (...) instalacja SSP była w całości wykonana pod w/w obiekt i jest samodzielną instalacją całkowitej ochrony przeciwpożarowej dla Centrum Sterowania Ruchem ITS. Centrala pożarowa została przeprogramowana dla potrzeb obiektu ITS, co spowodowało konieczność jego wyodrębnienia a tym samym pozwoliło uzyskać jego pełną

autonomiczność i niezależność od pozostałej części stadionu. Tym samym stanowisko przyjęte przez Odwołującego nie jest zgodne z rzeczywistością i opiera się na wybiórczej interpretacji postanowień PFU. Powyższe potwierdza również generalny wykonawca prac (wystawca referencji) spółka Concret sp. z o.o. sp.k.

Dowód: Oświadczenie firmy ELMAX Żywicki sp. z o.o. z dnia 21 maja 2024 r. (Załącznik nr 6 do niniejszego pisma).

Oświadczenie firmy Concret sp. z o.o. sp.k. (Załącznik nr 7 do niniejszego pisma).

3.18W związku z powyższym, za całkowicie bezzasadny należy uznać zarzut braku wykazania przez Przystępującego spełnienia za pomocą podmiotu udostępniającego zasoby warunku udziału w Postępowaniu z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ, w związku z czym również on powinien podlegać oddaleniu.

3.19Na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący stara się wykazać, że doświadczenie opisane w pkt § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ ma charakter unikatowy, co nie jest zgodne z prawdą. Wymagania polegające na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania) z co najmniej jednym z systemów wymienionych w § 11 ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ spełniają również inne doświadczenia wykazane w Załączniku nr 7 „Wykaz wykonanych robót budowlanych” np.: doświadczenie ELMAX wskazane w pkt. 1 str. 1 wykazu: Wykonanie instalacji elektrycznych silnoprządowych i teletechnicznych wraz z dostawą urządzeń dla zadania pn.: Modernizacja zajezdni autobusowej Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Tychach przy ul. Towarowej 1 czy doświadczenia własne PBO Śląsk sp. z o.o.: Budowa Pawilonu Medycznego w Zakładzie Opiekuńczo-Lecznicznym przy ul. Mehoffera 72/74 w Warszawie na potrzeby działalności leczniczej zakładu (pkt. 1, str. 8 Wykazu robót).

4. W przedmiocie zarzutu rzekomej wady przeprowadzonej procedury w zakresie rażąco niskiej ceny

4.1Odnosząc się na do zarzutu braku uzupełnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w związku z przedstawieniem doświadczenia ELMAX Żywicki sp. z o.o., należy podkreślić, że zaniechanie takiego uzupełnienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy PZP, czy też przyjętej praktyki zamawiającego.

4.2Należy w tym zakresie przypomnieć, że na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy PZP wykonawcy zobowiązani są do poparcia treści wyjaśnień dowodami. Przedkładane w tym zakresie dowody, najczęściej w postaci ofert podwykonawców lub dostawców, mają na celu wykazanie rynkowego charakteru dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty.

4.3Celem składanych wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy PZP jak i załączanych dowodów jest zatem wykazanie prawidłowości wyceny oferty. Na taki cel wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie wskazała sama Krajowa Izba Odwoławcza podkreślając, że [z] wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę jednoznacznie powinno wynikać, iż za cenę ofertową określoną dla zamówienia jest on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, a także potwierdzić racjonalność i rynkowość wyceny swojej oferty. W innym wyroku również wskazuje Izba, że [c]elem instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest uzyskanie przez zamawiającego pewności przed podpisaniem umowy, że aspekty dotyczące wynagrodzenia wykonawcy nie wpłyną negatywnie na realizację zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego jest więc przedstawienie takich wyjaśnień, które przekonają zamawiającego co do powodzenia realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie poprzez zaakcentowanie okoliczności mających wpływ na daną wycenę i wykazanie, że te okoliczności są realne i uzasadnione poprzez złożenie dowodów.4

4.4Właśnie w takim celu Przystępujący załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29 lutego 2024 r. ofertę firmy QUMAN sp. z o.o. Przedstawienie jej Zamawiającemu miało na celu wykazać realność przyjętych przez Przystępującego założeń cenowych oraz potwierdzić rynkowość przygotowanej przez Przystępującego oferty.

4.5Nie potrzebne było zatem uzupełnienie przez Przystępującego złożonych już wyjaśnień rażąco niskiej ceny w związku z późniejszą decyzją o zmianie podmiotu udostępniającego zasoby na firmę ELMAX Żywicki sp. z o.o. Przystępujący w wyniku złożonych wyjaśnień zdołał bowiem już wykazać prawidłowość dokonanej przez siebie wyceny, w związku z czym niepotrzebne było powracanie do tej procedury tylko w celu złożenia nowej oferty przyszłego podwykonawcy.

4.6Oferta ELMAX Żywicki sp. z o.o. nie odbiega przy tym od realiów rynkowych i również wpasowuje się w wycenę dokonaną przez Przystępującego. Potwierdzeniem powyższego jest treść oferty tego podmiotu, której wartość zbliżona jest do wartości odnośnych prac oferowanych przez Quman sp. z o.o.

Dowód: Oferta firmy ELMAX Żywicki sp. z o.o. – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA (Załącznik nr 8 do niniejszego pisma).

4.7 Biorąc powyższe pod uwagę, nie było potrzeby dokonywać uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w związku ze zmianą podmiotu udostępniającego zasoby, a postawiony w tym zakresie zarzut Odwołującego powinien podlegać oddaleniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wnoszący odwołanie - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z/s w Sopocie (Odwołujący lub Konsorcjum NDI) w odwołaniu podniósł w punkcie II odwołania trzy

zarzuty wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz WODPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (Konsorcjum PBO lub Uczestnik PBO), a mianowicie:

- (2) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum PBO z Postępowania z uwagi na okoliczności wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp;
- (2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum PBO, albowiem wyznaczony przez Konsorcjum PBO podwykonawca robót elektrycznych – Quman Sp. z o.o. z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego:
 - a) nie uwzględniła w swojej wycenie urządzeń aktywnych w branży elektrycznej;
 - b) zakłada realizację zamówienia przy pomocy zamienników, tj. urządzeń niezgodnych z wymogami Zamawiającego, co w z rezultacie doprowadziło do zaoferowania niższej ceny przez Konsorcjum PBO i uzyskaniu przez tego wykonawcę zamówienia;
- (3) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum PBO, który to wykonawca nie wykazał się spełnienia warunku udziału, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. c) SWZ;

Odwołujący wskazał w punkcie II odwołania również na dwa zarzuty ewentualne – jak podał *-na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziłaby, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO* a mianowicie naruszenia:

- (4) art. 223 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie treści oferty złożonej przez Konsorcjum PBO zmierzającej do ustalenia czy oferta ta, w zakresie branży elektrycznej, przewiduje wszystkie elementy zamówienia (w szczególności urządzenia aktywne) oraz czy te są zgodne z SWZ;
- (5) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp z uwagi na zaniechanie przeprowadzenia dalszych wyjaśnień związanych z badaniem ceny oferty Konsorcjum PBO wobecmiędzy podmiotu trzeciego Quman na inny podmiot, który (jak wynika z art. 118 ust. 2 Pzp) również powinien być podwykonawcą tego zakresu, a tymczasem brak jest w wyjaśnieniach cenowych oferty tego podmiotu, co powinno skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości czy również przy zaangażowaniu nowego podmiotu trzeciego cena oferta pozostaje realna.

Odwołujący wskazał ponadto na naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp podnosząc prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający w piśmie z dnia 24.05.2024 r. uwzględnił w całości odwołanie. Natomiast Uczestnik po stronie zamawiającego PBO w piśmie z dnia 27.05.2024r. wniósł od tej decyzji sprzeciw.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął drugi z wymienionych zarzutów opisanych w punkcie II. (2) odwołania. Tym samym zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Także nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę zarzuty ewentualne podnoszone - zgodnie z wnioskiem Odwołującego – na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, brak podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum PBO. Izba ustaliła bowiem, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, które to przepisy zostały podniesione z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PBO z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wnoszący odwołanie Konsorcjum NDI kwestionując wybór oferty Konsorcjum PBO jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał na nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum PBO w zakresie: (1) przesłanki wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz (2) warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”). W konsekwencji na zaniechanie uznania Konsorcjum PBO za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PBO jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Konsorcjum PBO w dokumencie JEDZ, którego złożenie było wymagane wraz z ofertą składając ten dokument z ofertą (termin składania ofert upływał 7.02.2024 r.) w cz. III. C odpowiedział „TAK” na pytania:

„Czy wykonawca może potwierdzić, że:

- a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
- b) nie zataił tych informacji;
- c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot

zamawiający;

oraz

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 wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

W dniu 11 marca 2024 r. Konsorcjum PBO zostało wezwane do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum PBO wraz ze środkami dowodowymi złożyło również w dniu 25 marca 2024 r. wyjaśnienia do punktu III.C JEDZ w których podało:

(...) w części C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi oświadczenia JEDZ dotyczącego spółki PBO na pytanie:

winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

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

Wykonawca udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE), ponieważ nie znajdował się w sytuacji, do której odnosi się powyższe pytanie oraz skorelowane z nim podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 8, 9 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.) (dalej jako „Pzp”).

Jednocześnie, w celu zachowania pełnej przejrzystości, wykonawca wyjaśnia, że spółka PBO brała udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha”, nr ref. ZP 226-7/21 („Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego – Sąd Okręgowy w Radomiu („Zamawiający”). Jednym z kryteriów oceny ofert w Postępowaniu było doświadczenie personelu, w tym kierownika robót w specjalności inżynierii drogowej, a punktacji podlegała liczba doświadczeń przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi. W Postępowaniu Wykonawca wykazał doświadczenie p. P.H. dotyczące inwestycji polegającej na Rozbudowie Zespołu Szkół Ogólnokształcących przy ul. Powstańców w Żorach o halę sportową z łącznikiem i zapleczem socjalnotechnicznym wraz z zagospodarowaniem przyległego terenu oraz przebudową i odtworzeniem infrastruktury sportowej („Inwestycja”).

W trakcie oceny ofert Zamawiający nie przyznał Wykonawcy punktów za ww. inwestycję, uznając, że nie obejmowała ona miejsc postojowych lub parkingów. W dniu 12 września 2022 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę spółki EBS-BUD Sp. z o.o., a z uwagi na nieuwzględnienie w punktacji ww. Inwestycji oferta Wykonawcy została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Od decyzji Zamawiającego odwołania wniósł Wykonawca – kwestionując m.in. zaniechanie przyznania punktów za doświadczenie dotyczące Inwestycji oraz zaniechanie wykluczenia EBS-BUD Sp. z o.o., jak również odwołanie wniósł wybrany wykonawcy (EBS-BUD Sp. z o.o.) kwestionując zaniechanie wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp – wykonawca ten twierdził, że informacje przekazane przez Wykonawcę, a dotyczące Inwestycji były informacjami wprowadzającymi w Zamawiającego w błąd i z tego względu domaga się wykluczenia Wykonawcy, który znajdował się na niższej pozycji w rankingu ofert. Termin rozpoznania obu odwołań został wyznaczony na 6 października 2022 r.

W dniu 3 października 2022 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie EBS-BUD Sp. z o.o. w całości, a w dniu 4 października 2022 r. dokonał unieważnienia czynności z 12 września 2022 r. oraz ponowił czynność wyboru spółki EBS-BUD Sp. z o.o. i wykluczył spółkę PBO z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 8 i 10 Pzp tj. zgodnie z zarzutami i żądaniem sformułowanym w odwołaniu EBS-BUD Sp. z o.o.

Z uwagi na to, że spółka PBO nie przystąpiła skutecznie do postępowania odwoławczego EBS-BUD Sp. z o.o. Wykonawca nie mógł bronić się przed bezzasadnymi zarzutami odwołania jak również nie mógł następnie, z powodów formalnych określonych w art. 527 Pzp, zakwestionować bezpodstawnej czynności wykluczenia Zamawiającego z 4 października 2022 r. Z opisanych powyżej względów, zarówno postępowanie odwoławcze z odwołanie Wykonawcy jak i odwołania EBS-BUD Sp. z o.o. zostały umorzone przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Okolicznością sporną pomiędzy Wykonawcą, Zamawiającym i EBS-BUD Sp. z o.o. było to czy Inwestycja dotycząca budowy budynku obejmowała również miejsca postojowe/parkingowe. Okoliczność tą, na korzyść Wykonawcy,

potwierdzają zarówno referencje wystawione przez inwestora (Miasto Żory) – z których wynika, że w ramach inwestycji wykonano podbudowy oraz nawierzchnie z kostki betonowej wraz z odwodnieniem parkingów, oraz dróg i ciągów pieszo-jezdnymi, a jednocześnie ww. nawierzchnie stanowią miejsca postojowe/ parkingi dla użytkowników obiektu i pracowników szkoły (co obrazują załączone zdjęcia).

Wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP, której miało miejsce w Postępowaniu, miało zatem charakter wyłącznie formalny. Co więcej, Zamawiający w trakcie oceny ofert nie uznał, że doszło do wprowadzenia w błąd, a swoją wcześniejszą decyzję zmienił wyłącznie na skutek uwzględnienia odwołania EBS-BUD Sp. z o.o. oraz obowiązku powtórzenia czynności oceny zgodnie z zarzutami odwołania.

Formalne wykluczenie na podstawie ww. przepisów nie jest podstawą do stwierdzenia, że wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia również w innych postępowaniach. Podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 8 i 10 PZP odnoszą się bowiem do sytuacji faktycznej, gdy wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd” lub „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”, a nie gdy podlegał wcześniej wykluczeniu na podstawie ww. przepisów. Badając podstawy wykluczenia zamawiający ocenia bowiem okoliczności faktyczne, a nie formalne zastosowanie danej podstawy wykluczenia.

Z powyższych względów Wykonawca nie dopuścił się przekazania informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i nie zachodziły wobec Wykonawcy podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 Pzp.

Wykonawca przedstawia niniejsze wyjaśnienia mając na względzie to, że Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonać samodzielnej oceny czy wobec Wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Uprawnienie do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każdy zamawiający, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców, a Zamawiający nie jest związany oceną dokonaną czy to przez innych zamawiających czy też przez instytucje odwoławcze. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE: Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia. (...) Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. (...)

Zamawiający w piśmie z dnia 23 kwietnia 2024 r. skierowanym do Konsorcjum PBO w nawiązaniu do powyższych wyjaśnień podał: (...) Z uwagi na treść złożonych przez Państwa ww. wyjaśnień, Zamawiający wzywa do uzupełnienia oświadczenia JEDZ oraz wskazuje, że mogą Państwo skorzystać z instytucji samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 uPzp (...)

Konsorcjum PBO w odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 r. podało w szczególności: (...) Z treści wezwania z dnia 22 września 2024 r. do poprawienia JEDZ wynika oczekiwanie Zamawiającego co do zmiany treści oświadczenia złożonego w JEDZ z uwagi na to, że Wykonawca przedstawił Zamawiającemu również dodatkowe wyjaśnienia („Wyjaśnienia do JEDZ”), w którym wskazał, że wobec spółki PBO doszło do wyłącznie formalnego wykluczenia wykonawcy z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wezwaniu Zamawiający nie przedstawił własnej oceny zdarzeń opisanych w Wyjaśnieniach do JEDZ, co w ocenie Wykonawcy oznacza, że zmiana oświadczenia JEDZ ma wynikać wyłącznie z faktu, iż wobec spółki PBO doszło do formalnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP, co nie oznacza, że Zamawiający ocenia opisane w Wyjaśnieniach do JEDZ okoliczności jako podstawę do wykluczenia Wykonawcy w Postępowaniu. W ocenie Wykonawcy nie zachodzi potrzeba zmiany oświadczenia w JEDZ, ponieważ jest ono poprawne i zgodne ze stanem faktycznym, co Wykonawca uzasadnia w dalszej części pisma.(...). W dalszej części tego pisma podał w szczególności: (...) W celu zachowania pełnej przejrzystości, w kontekście treści oświadczenia złożonego w JEDZ oraz podstaw wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP) Wykonawca przedstawił Zamawiającemu również dodatkowe Wyjaśnienia do JEDZ dotyczące okoliczności związanych z wykluczeniem z postępowania pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha”, nr ref. ZP 226-7/21 („Postępowanie”). Wykonawca stoi na stanowisku, że okoliczności opisane w Wyjaśnieniach do JEDZ nie stanowią podstawy wykluczenia w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP, ponieważ wykluczenie to miało charakter wyłącznie formalny (o czym szerzej poniżej) i z tego względu, na pytanie Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd (...) oraz pozostałych przesłanek zawartych w tym pytaniu Wykonawca udzielił odpowiedzi twierdzącej „TAK”, z której wynika, że wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia. Wykonawca zwraca również uwagę, że pytanie sformułowane w JEDZ dotyczyło co prawda okoliczności faktycznych (zdarzeń), ale takich, które należy oceniać łącznie z podstawami wykluczenia do których odnosi się dane pytanie – w tym przypadku łącznie z podstawami wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP. W konsekwencji, udzielając odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ wykonawca odnosi się nie tylko do zdarzeń, które miały miejsce w przeszłości, ale również do oceny tych zdarzeń na gruncie danej podstawy

wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Pytania, na które wykonawca udziela odpowiedzi w JEDZ nie mają zatem charakteru abstrakcyjnego, ale są ściśle skorelowane z przesłankami wykluczenia opisanymi w art. 108 i 109 PZP. Co więcej, dokument JEDZ nie może kreować nowych przesłanek wykluczenia, tj. innych niż te wskazane w PZP, dlatego też treść dokumentu JEDZ i złożonych oświadczeń musi być odczytywana przez pryzmat przesłanek wykluczenia określonych w ustawie PZP". W tym piśmie Konsorcjum PBO stwierdziło ponadto, że takie podejście do wypełniania JEDZ potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (...). Wskazał na wyroki: KIO 2117/20 i KIO 2573/20 cytując: „Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż wykonawca ma obowiązek poinformowania zamawiającego o samym fakcie przedwczesnego rozwiązania wcześniejszej umowy. Taki sposób rozumowania prowadzi bowiem do absurdalnych wniosków, że należałoby wskazywać wszelkie przypadki wcześniejszego zakończenia umowy, również te, które nie są spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę. Zamieszczana przez wykonawców w części III, sekcji C JEDZ informacja dotycząca znajdowania się przez wykonawcę 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, odpowiada przesłance wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy ZamPubU i w takim też zakresie powinna być odczytywana, a nie w oderwaniu od ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Nie można zatem twierdzić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wskazywać w treści JEDZ i opisywać każdy przypadek rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia przed czasem, bez względu na przyczyny i okoliczności takiego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że część III JEDZ, w której zostało zadane pytanie o przypadki rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów, dotyczy „PODSTAW WYKLUCZENIA” z postępowania o udzielenie zamówienia”. Dalej podał: „Innymi słowy, Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w JEDZ przypadków przekazania informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, ale tylko w odniesieniu do takich zdarzeń, które wypełniają przesłanki opisane w podstawach wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP. Z opisanych powyższych względów Wykonawca stoi na stanowisku, że nie zachodzi konieczność zmiany oświadczenia zawartego w JEDZ, ponieważ oświadczenie złożone w JEDZ i odpowiedź twierdząca „TAK” odnośnie do pytania: Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd (...) (i analogicznie co do pozostałych okoliczności) została złożona w kontekście występowania wobec Wykonawcy (spółki PBO) podstaw wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP i jest zgodna ze stanem rzeczywistym tzn. że wobec Wykonawcy (spółki PBO) takie podstawy wykluczenia nie zachodzą. Co więcej, pytanie w formularzu JEDZ nie odnosi się wyłącznie do faktów, ale odnosi się wprost do kwestii winy oraz zaniedbania wykonawcy – tym samym zmiana treści oświadczenia w JEDZ i udzielenie odpowiedzi przeczącej „NIE” oznaczałoby, że spółka PBO potwierdza, że zachodzi wobec niej podstawa wykluczenia, ponieważ była winna (art. 109 ust. 1 pkt. 8 PZP – przekazanie informacji wprowadzających w błąd na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) wprowadzenia zamawiającego w błąd lub przynajmniej do przekazania informacji wprowadzających w błąd, które miały miejsce na skutek zaniedbania wykonawcy (art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP - przekazanie informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa). Wykonawca oświadczył jednak, że nie był winny wprowadzenia zamawiającego w błąd (nie przekazał informacji wprowadzających a błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) jak również nie przekazał zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd na skutek zaniedbania (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa). W konsekwencji, skoro wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP, to również nie ma podstaw do przeprowadzenia w postępowaniu tzw. samooczyszczenia określonego w art. 110 ust. 2 PZP. (...)

Na wstępie wskazać należy, że okolicznością bezsporną jest, że wykonawca PBO - lider Konsorcjum w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w dniu 4 października 2022 r. został wykluczony z postępowania pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha”, prowadzonego przez zamawiającego – Sąd Okręgowy w Radomiu. Wykluczenie wykonawcy PBO z tego postępowania – jak wynika z okoliczności przyznanych przez Konsorcjum PBO - nastąpiło na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp.

Wskazać ponadto należy, że w przypadku zastosowania do wykonawcy sankcji wykluczenia z postępowania na podstawie przesłanek, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp, będzie miał również zastosowanie przepis art. 111 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeśli wykonawca został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na jednej z wymienionych podstaw, będzie on podlegał wykluczeniu z każdego kolejnego postępowania, w którym weźmie udział, przez odpowiedni okres wykluczenia, odpowiednio przez okres trzech, dwóch lub jednego roku od zaistnienia zdarzenia. Nie oznacza to jednak bezwzględnego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne w innych postępowaniach prowadzonych w tym okresie. Takie skuteczne uczestnictwo przykładowo w danym przetargu będzie możliwe, o ile wykonawca udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie – zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp - następujące przesłanki (...):

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim

nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniędzy;

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 dalszemu przestępstwu, wykroczeniu 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".

Wskazany przepis wprowadza bowiem możliwość tzw. „samooczyszczenia” (Self-cleaning), czyli złożenia oświadczenia, w którym wykonawca wykazuje, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia w uprzednim postępowaniu, którego był uczestnikiem podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym braku podstaw do jego wykluczenia z tego kolejnego postępowania.

W postępowaniu, którego dotyczy przedmiotowa sprawa odwoławcza, Konsorcjum PBO niełożyło takiego oświadczenia względem podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 wobec decyzji z dnia 4.10.2022 r. twierdząc, że jego zdaniem wykluczenie wykonawcy PBO z postępowania w 2022 r. było formalne i nie może wywrzeć żadnego skutku prawnego, a wykonawca PBO nie był winny wprowadzenia zamawiającego w błąd (nie przekazał informacji wprowadzających w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) jak również nie przekazał zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd na skutek zaniedbania (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa). W konsekwencji, wobec wykonawcy PBO nie zachodziły podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 Pzp, a zatem nie miał podstaw do przeprowadzenia tzw. samooczyszczenia określonego w art. 110 ust. 2 Pzp.

Powyższe działanie Uczestnika PBO było nieprawidłowe, oparte na błędnym założeniu, że w obecnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający - Lotnicze Pogotowie Ratunkowe ma kompetencję do badania zasadności wykluczenia wykonawcy PBO - lidera Konsorcjum PBO w tym postępowaniu - dokonanego uprzednio przez zamawiającego - Sąd Okręgowy w Radomiu wobec tego wykonawcy. Odrzucenie oferty wykonawcy PBO z uwagi na zaistnienie podstaw do wykluczenia z dnia 4 października 2022 r. dokonane przez zamawiającego – Sąd Okręgowy w Radomiu jest prawomocne. Wykonawca PBO nie zakwestionował wniosku o odwołanie z dnia 22 września 2022 r. wykluczenia wykonawcy z postępowania nie przystępując skutecznie do postępowania odwoławczego i pozbawiając się prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Niestaranność w działaniu wykonawcy PBO czy też utrudnienia związane z przekazaniem informacji o odwołaniu zarzucane zamawiającemu (Sąd Okręgowy w Radomiu) przez Odwołującego (o czym informuje Odwołujący w toku prowadzonej tej procedury odwoławczej) nie może *de facto* prowadzić do przywrócenia terminu w tym postępowaniu na zaskarżenie czynności podjętej w 2022 r. w innym postępowaniu o zamówienie publiczne i przez innego zamawiającego, a której ocena miałaby być oparta na stanowisku wyłącznie zainteresowanego.

Izba także zwraca uwagę, że stanowiska wyrażone w orzeczeniach przez TSUE oraz przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazywane przez Konsorcjum PBO odnoszą się w istocie do procedury z zastosowaniem Self-cleaningu. Procedura Self-cleaningu, wskazywana w orzeczeniach, jej zastosowanie i ocena niewątpliwie jest możliwa po wydanej decyzji – tej prawomocnej - w każdym następnym postępowaniu o zamówienie publiczne w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia.

Izba również zwraca uwagę, że wykonawca PBO – wobec twierdzeń co do utrudnienia mu z możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie 2490/22 nie skorzystał z możliwego alternatywnego środka kontroli decyzji zamawiającego jaką jest kontrola Prezesa UZP. Nie skorzystanie zatem z możliwości skutecznego podważenia prawomocnej decyzji powoduje, że Konsorcjum PBO chcąc ubiegać się o zamówienie w tym postępowaniu powinno skorzystać z procedury Self-cleaningu, z której to procedury – pomimo wniosku Zamawiającego – Odwołujący zaniechał.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w odwołaniu z dnia 22.09.2022 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2490/22) wykonawca EBS BUD sp. z o.o. z/s w Warszawie wobec wykonawcy PBO SLASK sp. z o.o. z/s w Sosnowcu zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 oparł na twierdzeniu wprowadzenia Zamawiającego w błąd na skutek: (1) zamierzonego działania, co do spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej p. P.H.; (2) lekkomyślności lub niedbalstwa, co do wystąpienia przesłanek uzyskania przez PBO punktów w zakresie kryterium

oceny ofert, o którym mowa w rozdziale XIX ust. 1 pkt 3) lit. f) specyfikacji warunków zamówienia dot. doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej p. P.H.. Z kolei odwołanie z dnia 22.09.2022 r. wniesione przez PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z /s w Sosnowcu (sygn. akt: KIO 2494/22 - naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z rozdz. XIX pkt. 1 ppkt. 3 lit. f) SWZ oraz rozdz. XIX pkt. 2 pkt. 3 lit. f) SWZ dotyczyło także doświadczenia p. H. i zaniechanie przyznania wykonawcy 3 punktów w podkryterium f) - doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej. Wykonawca podał, że wykazał maksymalną liczbę zadań (4) w celu wykazania doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej drogowej (p. P.H.), a wszystkie wskazane zadania, w tym Inwestycja Żory, spełniają objęte Kryterium Doświadczenia wymogi, a tym samym Odwołujący powinien otrzymać maksymalną liczbę punktów (3 pkt) oraz dokonanie oceny oferty Odwołującego z naruszeniem zasady proporcjonalności (...).

Tym samym procedura o której mowa w art. 110 ust.2 Pzp mogła być przykładowo – z uwagi na zarzuty skierowane w przetargu z 2022 r. wobec oferty PBO -oparta na wykazaniu, że Konsorcjum PBO w tym postępowaniu potwierdza spełnianie warunków udziału z najwyższą starannością i aby uzyskać taki najwyższy standard podjęło określone działania organizacyjne także co do weryfikacji strony internetowej na której dany zamawiający zamieszcza informacje w toku prowadzonego postępowania. Nie skorzystanie w 2022 roku przez wykonawcę PBO w terminie ze środków przewidzianych ustawy Pzp zważywszy na konsekwencje wymagało bowiem przedsięwzięcia przez wykonawcę PBO odpowiednich kroków celem zabezpieczenia najwyższej staranności przez przedsiębiorcę eliminując tym samym zarzuty wobec wykonawcy, co do lekkomyślności lub niedbalstwa przy składaniu dokumentów.

W konkluzji Izba stwierdza, że dokonane w dniu 4.10. 2024 r. wykluczenie wykonawcy PBO we wskazywanym postępowaniu jest ostateczne i nie ma możliwości jego wzruszenia, a co za tym idzie, zastosowanie znajduje art. 111 ustanawiający tzw. wykluczenie okresowe. Odwołujący nie może zatem w tym postępowaniu odwoławczym skutecznie kwestionować zasadności dokonanego przez zamawiającego - Sąd Okręgowy w Radomiu wykluczenia, domagając się oceny wydanej przez tego zamawiającego decyzji 4 października 2022 r. Zwalczanie wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp mogło mieć miejsce w postępowaniu, w którym to wykluczenie nastąpiło. Obecnie ani Zamawiający - jakim jest, Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, ani Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygająca w sprawie KIO 1633/24 nie mają kompetencji do badania prawidłowości czynności zamawiającego dokonanej w uprzednio prowadzonym postępowaniu. Takie stanowisko wynika także z wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. XXIII Zs 15/23. Z tego względu aby skutecznie ubiegać się o zamówienie w obecnie prowadzonym postępowaniu Odwołujący powinien był złożyć samooczyszczenie wobec wskazanych podstaw wykluczenia zastosowanych przez zamawiającego - Sąd Okręgowy w Radomiu w czynności z dnia 4 października 2022 r. Odwołujący nie pozwolił tym samym Zamawiającemu w tym postępowaniu – pomimo jego wniosku o samooczyszczenie - na ocenę okoliczności pozwalających na odstąpienie od wykluczenia Konsorcjum PBO z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do badania czy dokonane uprzednio wykluczenie było prawidłowe. Izba w tym zakresie popiera stanowisko wyrażone w odwołaniu przez wykonawcę NDI. Argumentacja Konsorcjum PBO dotycząca okoliczności towarzyszących wykluczeniu wykonawcy PBO z postępowania prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Radomiu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dokonane wykluczenie z 4.10. 2022 roku jest prawomocne i nie ma możliwości jego zwalczania na obecnym etapie. Wykonawca zatem powinien był podjąć odpowiednie kroki w postępowaniu, w którym czynność wykluczenia miała miejsce lub dokonać samooczyszczenia w obecnym postępowaniu, czego nie uczynił pomimo wniosku Zamawiającego.

W zakresie drugiego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zdaniem Odwołującego, doświadczenie wskazane przez Konsorcjum PBO, stanowiące doświadczenie zawodowe podmiotu trzeciego (wymienionego samodzielnie przez Konsorcjum PBO) nie ma charakteru podobnego do przedmiotu zamówienia tego postępowania, w szczególności nie polegało na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania).

Zgodnie m.in. z § 4 (...)

1.Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki nr ew. 7/10 z obrębu 6-10-01, położonej przy ul. Książycowej 5 w dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy.

2.Szczegółowy zakres wszystkich prac w ramach budowy został określony w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ.

(...)

4.Oznaczenie wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

45110000-1 Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne; 45111000-8 Roboty w zakresie burzenia, roboty ziemne; 45262311-4 Betonowanie konstrukcji; 45223500-1 Konstrukcje z betonu zbrojonego; 45320000-6 Roboty izolacyjne; 45321000-3 Izolacja cieplna; 452625006 Roboty murarskie i murowe; 45410000-4 Tynkowanie; 45421152-4 Instalowanie ścianek działowych; 45421146-9 Instalowanie sufitów podwieszanych; 45430000-0 Pokrywanie podłóg i ścian; 45431000-7 Kładzenie płytek; 45400000-1 Roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych; 45432000-4 Kładzenie i wykładanie podłóg, ścian i tapetowanie ścian; 45440000-3 Roboty malarskie i szklarskie; 45442000-7 Nakładanie powierzchni kryjących; 45420000-7 Roboty w zakresie zakładania stolarki budowlanej oraz roboty ciesielskie; 45421000-4 Roboty w zakresie stolarki budowlanej; 45223000-6 Roboty budowlane w zakresie konstrukcji; 45261100-5 Wykonywanie konstrukcji dachowych; 45260000-7 Roboty w zakresie wykonywania pokryć i konstrukcji dachowych i inne podobne roboty specjalistyczne; 45261000-4 Wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobne roboty; 45262120-8 Wznoszenie rusztowań; 45262110-5 Demontaż rusztowań; 45421153-1 Instalowanie zabudowanych mebli; 45316000-5 Instalowanie systemów oświetleniowych i sygnalizacyjnych; 45112740-4 Roboty w zakresie kształtowania lotnisk; 45235000-3 Roboty budowlane w zakresie lotnisk, pasów startowych i placów manewrowych; 45235110-7 Roboty w zakresie budowy płyt lotniskowych; 45235111-4 Roboty budowlane w zakresie nawierzchni lotnisk; 45232451-8 Roboty odwadniające i nawierzchniowe; 45310000-3 Roboty instalacyjne elektryczne; 45316000-5 Instalowanie systemów oświetleniowych i sygnalizacyjnych; 45312310-3 Ochrona odgromowa; 45111200-0 Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne; 45230000-8 Roboty budowlane w zakresie budowy rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, autostrad, dróg, lotnisk i kolei; wyrównywanie terenu; 45262210-6 Fundamentowanie; 45233140-2 Roboty drogowe; 45330000-9 Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne; 45331210-1 Instalowanie wentylacji; 45331100-7 Instalowanie centralnego ogrzewania; 45331200-8 Instalowanie urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych; 45310000-3 Roboty instalacyjne elektryczne."

Kwestionowane doświadczenie dotyczy zamówienia referencyjnego wskazanego w Wykazie - Zał. nr 7 poz. - firmy ELMAX Żywicki sp. z o.o. nabytego w ramach zadania pn. Wykonanie instalacji elektrycznych i niskoprądowych dla zadania pn.: Centrum Sterowania Ruchem Programu ITS realizowanego przez Simens Mobility sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego (...) powyższe zadanie sprowadzało się do wyposażenia w elementy systemu przeciwpożarowego jedynie nowoprojektowanych pomieszczeń Centrum Sterowania Ruchem o łącznej pow. ok. 380 m² i kubaturze ok. 2400 m³ w wydzielonej części istniejącego budynku Stadionu Miejskiego w Tychach, będącego obiektem o pow. zabudowy ok. 16,8 tys. m² i pow. przestrzeni komercyjnej ponad 5 tys. m² oraz kubaturze ok. 141 tysięcy m³. Zakres prac na tym zadaniu obejmował tylko kilka pomieszczeń w istniejącym budynku i wykonany był w oparciu o istniejącą już infrastrukturę przeciwpożarową. Innymi słowy – w zakres prac wykonawcy wchodziło zamontowanie w wydzielonej strefie budynku dodatkowych czujników wykrywania dymu, sygnalizatorów akustycznych i ręcznych przycisków wyzwalających, które zintegrować należało z istniejącym już w obiekcie systemem".

Izba co do tego zarzutu zgodziła się z Przystępującym, że przyjęta przez Odwołującego interpretacja zawęży warunek udziału z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ, która jest sprzeczna zarówno z jego literalnym jak i funkcjonalnym brzmieniem. Zgodnie z § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ o przedmiotowe zamówienie może ubiegać się wykonawca, który (...) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, z których każda polegała na zrealizowaniu i uruchomieniu instalacji systemu sygnalizacji pożarowej jako ochrona całkowita w budynku wraz z integracją programową (na poziomie dedykowanego oprogramowania) z co najmniej jednym z systemów wymienionych w lit. b". Z kolei w myśl § 11 ust. 4 pkt 1 lit. b) SWZ dopuszczono następujące systemy:

- 1) kontroli dostępu (SKD),
- 2) systemu sygnalizacji włamania i napadu (SSWiN),
- 3) systemu telewizji dozorowej (CCTV),
- 4) komunikacji głosowej,
- 5) nagłośnienia informacyjnego.

Tak jak wskazał Przystępujący z treści spornego warunku nie wynika, aby taka ochrona całkowita obejmowała cały budynek. Zamawiający formułując warunek udziału w § 11 ust. 4 pkt 1 lit. c) SWZ nie wyraził tak wymagania. Zgodnie z jego literalnym brzmieniem to wymaganie odnosi się do ochrony zlokalizowanej w budynku. W treści tego warunku brak jest także zastrzeżenia, aby ochrona całkowita obejmowała określoną powierzchnię, czy też kubaturę. Także dla zdefiniowania pojęcia „ochrona całkowita” SWZ nie odsyła do innych dokumentów w tym do normy PKN CEN - TS 54-14 wskazanej przez Odwołującego na rozprawie.

Uwzględniając stanowisko wynikające z orzecznictwa Izba zgodziła się z Uczestnikiem PBO, że ustawa Pzp na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie pozwala na interpretację zawężającą wymagania określonego w SIWZ i w przypadku obiektywnie uzasadnionej wątpliwości co do treści wymagania nie należy je wyklądać na niekorzyść

wykonawcy, choćby nawet racjonalnie oczekiwanej przez odwołującego.

W tym przypadku ochrona według zamówienia referencyjnego dotyczyła - zgodnie z postanowieniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego- zrealizowania i zamontowania samodzielnej instalacji przeciwpożarowej, która obejmowała w szczególności instalację systemu alarmowego, systemu wykrywania i sygnalizowania pożaru oraz systemu kontroli dostępu. Zamontowany i uruchomiony system – jak wykazał Przystępujący – stanowił niezależny i odrębny system ochrony przeciwpożarowej, obejmujący Centrum Sterowania Ruchem, które stanowi wydzieloną część Stadionu Miejskiego w Tychach. Zdaniem Izby, wobec argumentacji Uczestnika PBO i przedstawionych dokumentów referencyjnych brak jest podstaw do uznania, że zainstalowany system przeciwpożarowy nie spełniał wymogu ochrony całkowitej. Po pierwsze, zamontowana instalacja przeciwpożarowa zapewnia ochronę całkowitą pomieszczeń i ma charakter kompleksowy, a po drugie została wykonana w ramach odrębnej części budynku, spełniającej określone zadania i w tym celu oddzielona od pozostałych pomieszczeń Stadionu Miejskiego w Tychach.

Według oświadczenia firmę ELMAX Żywicki sp. z o.o. (oświadczenie z dnia 21 maja 2024 r.) (...) Centrala pożarowa została przeprogramowana dla potrzeb obiektu ITS, co spowodowało konieczność jego wyodrębnienia a tym samym pozwoliło uzyskać jego pełną autonomiczność i niezależność od pozostałej części stadionu." Także to stanowisko potwierdził generalny wykonawca prac spółka Concret sp. z o.o. sp.k. (pismo z dnia 24.05.2024) wskazując, że instalacja SSP była w całości wykonana pod wskazany obiekt i jest samodzielną instalacją całkowitej ochrony przeciwpożarowej dla Centrum Sterowania Ruchem ITS. Tym samym Izba uznała, że stanowisko przyjęte przez Odwołującego nie jest zgodne z tym stanem faktycznym i zostało oparte na własnej interpretacji postanowień PFU dla tego przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższych ustaleń Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, ale tylko w takim zakresie jak jest on związany z uwzględnionym zarzutem dotyczącym naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz 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) (rozporządzenie) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 tego rozporządzenia.

W niniejszej sprawie Izba rozstrzygała co do meritum w przedmiocie dwóch zarzutów, z których tylko jeden z nich podlegał uwzględnieniu. Stosownie zatem do wskazanego § 7 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia:

„2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

(...)

2) odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (...)

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....