

WYROK

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- 1) uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- 2) uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
- 3) uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 5.4 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 019 zł 15 gr (słownie: jeden tysiąc dziewiętnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione przez Odwołującego z tytułu dojazdu na rozprawę;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 010 zł 00 gr (osiem tysięcy dziesięć złotych zero groszy).

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Intercity S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach zadań pn.: „Przemysł

Bakończyce – Budowa myjni całorocznej” oraz „Przebudowa bocznicy kolejowej Przemysł Bakończyce”. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 lutego 2024 r. pod numerem 2023/S 042-124383.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. Konsorcjum: B-Act S.A., Transprojekt Gdański Sp. z o.o. wniosło odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców INKO Consulting Sp. z o.o. oraz ZDI Spółka z o.o., mimo że treść tych ofert była niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z wymogiem, aby cena zaoferowana przez wykonawcę za wykonanie Usług na Etapie 2 (czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi) wynosiła nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania określonego w wierszu 3 Formularza cenowego (pkt 5.1 odwołania);
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców INKO Consulting oraz wykonawcy ZDI, mimo że oferty te zawierają błędy w obliczeniu ceny, polegające na określeniu ceny za wykonanie Usług na Etapie 2 (czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi) na poziomie niższym niż 10% wartości ceny oferty danego zadania, określonego w wierszu 3 Formularza cenowego (pkt 5.2 odwołania);
- 3)art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez dokonanie nieuprawnionego poprawienia ofert wykonawców INKO Consulting i ZDI (pkt 5.3 odwołania);
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty INKO Consulting, mimo że podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania (pkt 5.4 odwołania);
- 5)art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenie z udziałem wykonawców INKO Consulting i ZDI, mimo że oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu (pkt 5.5 odwołania);
- 6) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez wybór oferty INKO Consulting jako oferty najkorzystniejszej (pkt 5.6 odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert wykonawców INKO Consulting i ZDI, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i, po ich weryfikacji, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzuty przedstawione w punktach 5.1-5.3 odwołania

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wzorem Formularza cenowego, wskazana przez wykonawcę w ofercie cena za wykonanie Usługi na Etapie 2 (czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi) wynosić miała: „Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)”.

Zgodnie z treścią Formularza cenowego przedłożonego przez wykonawcę INKO Consulting wraz z ofertą, na wartość złożonej oferty składały się następujące kwoty:

Lp.	Zakres usług – etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznicy, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 SWZ	1.206.000,00	1.150.000,00
2	Usługi na Etapie 2 – czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 SWZ Uwaga! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	120.600,00	115.000,00
3	Razem zadanie (suma wierszy od 1 do 2)	1.326.600,00	1.265.000,00
4	Łączne wynagrodzenie	2.591.600,00	

Odwołujący podniósł, że skalkulowana przez INKO Consulting wartość z wiersza 2 Formularza cenowego dla Zadania 1 (120.600,00 zł netto) oraz Zadania 2 (115.000,00 zł netto) była niższa niż wymagane przez Zamawiającego 10% ceny dla danego Zadania z wiersza 3 (wynosiła 9,09% tej wartości), a tym samym oferta INKO Consulting w ww. zakresie była niezgodna z warunkami zamówienia, a cena za realizację zamówienia i jego poszczególnych zakresów

została wyliczona błędnie.

Zdaniem Odwołującego, niezgodnością o analogicznym charakterze obarczona była oferta wykonawcy ZDI. Skalkulowana przez ZDI wartość z wiersza 2 Formularza cenowego w zakresie Zadania 2 (80.000 zł netto) również była niższa niż wymagane przez Zamawiającego 10% ceny za to Zadanie i wynosiła zaledwie 7,83% tej wartości:

Lp.	Zakres usług – etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznicy, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 SWZ	807.507,70	942.092,30
2	Usługi na Etapie 2 – czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 SWZ Uwaga! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	100.000,00	80.000,00
3	Razem zadanie (suma wierszy od 1 do 2)	907.507,70	1.022.092,30
4	Łączne wynagrodzenie	1.929.600,00	

Odwołujący wskazał, że Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawienia ofert wykonawców INKO Consulting oraz ZDI w następujący sposób:

a) w Formularzu cenowym INKO Consulting:

- podwyższył ceny za realizację Usługi na Etapie 2 dla obydwu Zadań tak, żeby stanowiły one odpowiednio 10% łącznej ceny za każde Zadanie, tj.:
 - za Usługi na Etapie 2 dla Zadania 1 – 132.660,00 zł netto (podwyższenie o 12.060 zł)
 - za Usługi na Etapie 2 dla Zadania 2 – 126.500,00 zł netto (podwyższenie o 11.500 zł);
- obniżył cenę za realizację Usługi na Etapie 1 dla Zadania 1 o ww. wartość 12.060 zł;
- nie zmienił ceny za realizację Usługi na Etapie 1 dla Zadania 2 (pozostało 1.150.000,00 zł jak w pierwotnej ofercie wykonawcy), a jednocześnie nie zmienił łącznej ceny za wykonanie Zadania 2, wskutek czego suma cen za wykonanie Usług na Etapie 1 i 2 jest odmienna niż wskazana łączna cena za to Zadanie.

b) w Formularzu cenowym ZDI:

- podwyższył cenę za realizację Usługi na Etapie 2 dla Zadania 2 tak, żeby stanowiła one 10% łącznej ceny za to Zadanie, tj. 102.209,23 zł netto (podwyższenie o 22.209,23 zł);
- obniżył cenę za realizację Usługi na Etapie 1 o ww. wartość 22.209,23 zł.

Odwołujący podał, że Zamawiający przeprowadził następnie aukcję elektroniczną, zapraszając do udziału w niej m.in. wykonawców INKO Consulting i ZDI. Odwołujący zaznaczył, że na etapie poprzedzającym aukcję oraz w trakcie jej przeprowadzania, Zamawiający nie przekazał innym wykonawcom informacji co do kręgu wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji, zaś w trakcie aukcji wykonawcom nie były dostępne informacje co do kręgu oraz liczby wykonawców biorących w niej udział.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. poprawienia w ofertach tzw. innych omyłek. Zdaniem Odwołującego, ww. przepis nie znajduje przy tym zastosowania do przypadków nieprawidłowości oferty stanowiących błąd w obliczeniu ceny, a ponadto, poprawienie oferty na tej podstawie nie może doprowadzić do zaoferowania przez wykonawcę świadczeń pierwotnie niezaoferowanych, czy też do wprowadzenia do oferty zupełnie nowej, niewystępującej wcześniej treści. Takie działanie stanowiłoby bowiem negocjacje pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, które są niedopuszczalne zgodnie z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że aby dopuszczalne było zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezbędne jest w szczególności ustalenie, czy Zamawiający dysponuje danymi umożliwiającymi mu poprawienie treści oferty w tym trybie, w szczególności, czy dane te Zamawiający mógł wyczytać wprost lub wyprowadzić z treści oferty (z jedynie ewentualnie pomocniczą funkcją wyjaśnień wykonawcy). Odwołujący zaznaczył, że wykładnia przyjmująca restrykcyjne i zawężające stanowisko co do zakresu dopuszczalności poprawiania ofert jest prezentowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok w sprawie C-131/16). Odwołujący wskazał również na opinię Rzecznika Generalnego przedstawioną w sprawie C-387/14.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił, że cena za wykonanie Usługi na Etapie 2 ma wynosić dokładnie 10% wartości ceny dla danego Zadania, ale że ma ona wynosić nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego Zadania. Tym samym, wykonawca uprawniony był do określenia ceny za wykonanie Usługi na Etapie 2 na dowolnym poziomie równym bądź wyższym niż 10% ceny za dane Zadanie – mogła tym samym być to zarówno wartość 10%, 15% czy 20% itd. W zaistniałym stanie faktycznym nie jest zatem dopuszczalne poprawienie oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że zachodzi co najmniej kilka różnych hipotetycznych sposobów takiej poprawienia:

- metoda zastosowana przez Zamawiającego (podwyższenie ceny Usługi na Etapie 2 do 10% całej ceny za Zadanie, przy jednoczesnym obniżeniu ceny za Usługi na Etapie 1);
- obniżenie ceny za Usługi na Etapie 1 i zmiana ceny łącznej za dane Zadanie, wskutek czego zwiększy się udział procentowy ceny za Usługi na Etapie 2 w cenie za całość Zadania;
- podwyższenie ceny Usługi na Etapie 2 (i jednocześnie obniżenie ceny Usługi na Etapie 1 do dowolnego innego poziomu powyżej 10% ceny za Zadanie).

Efektom powyższych hipotetycznych różnych metod poprawy i braku możliwości doprowadzenia oferty do zgodności z SWZ jest przy tym opisana wyżej niejednoznaczność działania Zamawiającego w zakresie poprawy omyłek w ofercie INKO Consulting, gdzie działania Zamawiającego i sposoby poprawy różnią się dla Zadania 1 i Zadania 2.

W ocenie Odwołującego, nieuprawnione jest założenie Zamawiającego, że wolą wykonawców INKO Consulting i ZDI było ustalenie ceny za wykonanie Etapu 2 na poziomie akurat 10% ceny za wykonanie danego Zadania. Odwołujący zaznaczył, że spośród ośmiu wykonawców, którzy złożyli oferty, tylko dwóch w Formularzu cenowym przyjął udział Etapu 2 w cenie danego Zadania jako równo 10%. Pozostali wskazali ceny, które stanowią inny odsetek, a sam Wykonawca ZDI ustalił cenę za Wykonanie Etapu 2 w ramach Zadania 1 na ponad 11% ceny całkowitej Zadania. Powyższe oznacza, że na podstawie treści oferty (i nawet pomocniczo uzyskanych wyjaśnień wykonawcy) Zamawiający nie mógłby zrekonstruować prawidłowo treści oświadczenia wykonawcy i ustalić właściwego sposobu poprawy. Pozyskiwanie natomiast ewentualnych wyjaśnień od wykonawców co do tego, jak poprawić ich oferty, prowadziłoby do wprowadzenia do ofert treści w nich uprzednio nie zawartych, choćby pośrednio, co tym samym skutkowałoby prowadzeniem przez Zamawiającego z tymi wykonawcami niedopuszczalnych negocjacji.

Odwołujący podniósł, dokonanie przez Zamawiającego poprawienia ofert wykonawców INKO Consulting i ZDI powoduje istotne zmiany w treści oferty oraz w istotny sposób zmienia oświadczenia woli wykonawców zawarte w ofertach co do cen oferowanych za poszczególne Usługi i Zadania. Tym samym, dokonana czynność poprawy należy uznać za niedopuszczalną w świetle przepisów ustawy Pzp, zaś oferty wykonawców INKO Consulting i ZDI powinny zostać odrzucone jako niezgodne z warunkami zamówienia, względnie obciążone błędami w obliczeniu ceny.

Zarzut przedstawiony w punkcie 5.4 odwołania

Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do wykonawcy INKO Consulting zaistniała przesłanka odrzucenia oferty, określona w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania w związku z:

- orzeczonymi względem niego sankcjami wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z tytułu wprowadzenia zamawiającego w błąd w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia;
- brakiem upływu dla orzeczonej sankcji wykluczenia okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy Pzp;
- zaniechaniem przeprowadzenia skutecznej procedury tzw. samooczyszczenia;
- przedstawieniem nieprawdziwych informacji w treści złożonego wraz z ofertą JEDZ co do odpowiedzi na pytanie dotyczące wprowadzenia w błąd.

Odwołujący wskazał, że w rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. I i n SWZ Zamawiający przewidział, że wykluczeniu z postępowania podlegać będzie wykonawca, wobec którego zaistnieją okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca INKO Consulting dokument JEDZ, w którym potwierdził, 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. Jednocześnie INKO Consulting przedłożył pismo pn. „Oświadczenie Wykonawcy”, w którym wskazał, że oświadczenie to składa w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W treści pisma wykonawca wskazał na 5 przypadków uprzednich postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których wobec podmiotu tego orzeczone zostały sankcje wykluczenia z powodu zaistnienia wobec wykonawcy sytuacji, o której mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał nadto w szczególności, że:

- w okresie od 8.09.2021 do 8.09.2023 podlegał wykluczeniu na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia zgodnie z przepisem art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p. to jest od dnia wprowadzenia Zamawiającego w błąd w postępowaniu opisanym w pkt. 1.2. Zdarzeniem, od którego biegnie okres wykluczenia jest złożenie oferty wraz z JEDZ-em do Zamawiającego w ramach postępowania przywołanego w pkt 1.2. powyżej;
- Mając na względzie powyższy pogląd kolejne wykluczenia Wykonawcy opisane w pkt. 1.4 i 1.5 nie skutkują nowym rozpoczęciem biegu okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p. a w związku z faktem, że Wykonawca nie został wykluczony z innej przyczyny niż opisane powyżej wykluczenie określone w przepisie art. 111 pkt 5 p.z.p. zakończyło się z dniem 8 września 2023 roku i tym samym Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz nie jest zobligowany składać oświadczenia o którym mowa w art. 110 p.z.p. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że wszystkie wprowadzone środki w ramach procedury samooczyszczenia pozostają w mocy i są realizowane zgodnie ze stosownymi decyzjami Zarządu Wnioskodawcy.

W „Oświadczeniu Wykonawcy” INKO Consulting wskazał na 5 zdarzeń, w tym:

- postępowanie na Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemysłu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny - Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich etap II” (poz. 1.4 oświadczenia), z którego wykonawca został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w związku z przedłożonym dnia 09.08.2022 r. oświadczeniem w JEDZ;
- postępowanie na Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia – CPK – Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK) w podziale na 2 Części (poz. 1.5 oświadczenia), z którego wykonawca został wykluczony na podstawie 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku ze złożonym w dniu 16.10.2022 r. oświadczeniem co do braku podstaw wykluczenia.

Z treści „Oświadczenia Wykonawcy” wynika nadto, że w ocenie INKO Consulting wykluczenia, które zostały orzeczone w ramach postępowań wskazanych w poz. 1.4 i 1.5 tego dokumentu (a zatem dotyczące postępowań i zdarzeń zaistniałych w okresie ostatnich 2 lat) nie skutkują nowym rozpoczęciem biegu okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z faktem, że wykonawca nie został wykluczony z innej przyczyny niż wykluczenie określone w przepisie art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, zaś to zakończyło się z dniem 8 września 2023 r., a tym samym nie on podlega wykluczeniu i nie jest zobligowany składać oświadczenia, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp. Jak wskazał bowiem INKO Consulting, wykluczenia dokonywane w ww. postępowaniach były wyłącznie konsekwencją wykluczenia wcześniejszego.

Odwolujący podniósł, że – jak wynika z analizy motywów przytoczonych przez INKO Consulting orzeczeń wydanych w odniesieniu do postępowań z poz. 1.4 i 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy” – w ramach tych postępowań wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd (przedstawił informacje nieprawdziwe), nie zaś jedynie – jak sugeruje wykonawca – jest to konsekwencja wykluczenia wcześniejszego, zaistniałego w uprzednim postępowaniu. W szczególności, jak stwierdziła KIO w wyroku KIO 3477/22, KIO 3490/22, odnoszącym się do postępowania z poz. 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy” (a zatem postępowania i czynności wykonawcy zaistniałych w okresie nie dawniejszym niż 2 lata od złożenia ofert w niniejszym postępowaniu):

Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Odwołującego, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, INKO winno w składanym oświadczeniu na temat podstaw wykluczenia zaznaczyć odpowiedź, że podlega wykluczeniu i ewentualnie wskazać na działania naprawcze, czego nie uczyniła. Zamawiający w sposób jednoznaczny w SWZ-W w rozdziale V wskazywał na tę okoliczność. Brak podania jakichkolwiek informacji przez INKO w tym zakresie, nawet jeżeli nie zgadzała się z dokonanymi wykluczeniami, spowodował że Zamawiający został pozbawiony szansy oceny, czy wobec tego wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia. W sposób oczywisty, INKO zataiła te informacje, co spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru tej oferty.

Nawet w sytuacji, gdy wykonawca nie zgadza się z wcześniejszymi wykluczeniami i kwestionuje podstawy wykluczenia, jest on zobowiązany do przedstawienia rzetelnych informacji na temat wcześniejszych zdarzeń, gdyż to Zamawiający jest

gospodarzem postępowania i to do niego należy ocena, czy faktycznie zaistniały przesłanki wykluczenia, czy też nie. Powyższe zapatrywanie ma również poparcie w orzecznictwie np.: wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r., KIO 659/20, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., KIO 375/22.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca INKO, będąc świadomym wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty decyzją PKP PLK S.A. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zataił te informacje i nie przedstawił ich w stosownej rubryce JEDZ, a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, co prowadzi do wniosku, że zachodzą przesłanki do wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP.

Odwołujący podniósł, że – jak wynika z ww. orzeczenia KIO –INKO Consulting został wykluczony z ww. postępowań, o których mowa w poz. 1.4 i 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy” (a w szczególności postępowania opisanego w poz. 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy”) nie dlatego, że w owym czasie na zasadzie art. 111 pkt 5 ustawy Pzp „działała” jeszcze sankcja wykluczenia orzeczona wobec niego w ramach wcześniejszego postępowania (z której jedynie wykonawca nie samooczyścił się skutecznie), ale dlatego, że w tym właśnie konkretnie postępowaniu INKO Consulting przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Tym samym, okoliczności zaistniałe w ramach postępowania z poz. 1.4 i 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy” ukonstytuowały samodzielne kolejne przesłanki wykluczenia wykonawcy INKO Consulting na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, oddziałujące przez okres kolejnych 2 lat, licząc odpowiednio: w przypadku postępowania z poz. 1.4 „Oświadczenia Wykonawcy” – od 09.08.2022 r., a w przypadku postępowania z poz. 1.5 tego Oświadczenia – od 16.10.2022 r. Tym samym, w dacie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (05.12.2023 r.), wobec wykonawcy INKO Consulting nadal obowiązywała, zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zatem aby uniknąć sankcji wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, zobowiązany był zaznaczyć w stosownym miejscu formularza JEDZ, odpowiedź „Tak” i dokonać samooczyszczenia poprzez podjęcie działań i przedstawienie informacji i dowodów opisanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem, chociaż w treści złożonego oświadczenia INKO Consulting wskazał, że składa je w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie sposób przypisać temu dokumentowi charakteru i roli, o których mowa w ww. przepisie. Złożone przez wykonawcę oświadczenie (ani żaden inny przedłożony przez niego dokument) nie zawiera bowiem informacji i dowodów co do:

- naprawienia lub zobowiązania się przez wykonawcę do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- podjęcia przez wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
- zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy;
- zreorganizowania personelu;
- wdrożenia systemu sprawozdawczości i kontroli;
- utworzenia struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów;
- wprowadzenia wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zdaniem Odwołującego, informacje zawarte w oświadczeniu INKO Consulting nie odpowiadają przesłankom skutecznego samooczyszczenia i są w rzeczywistości polemiką, przedstawieniem przez wykonawcę swojego poglądu co do tego, że sytuacje wykluczenia (w tym wydane w tym zakresie wyroki KIO), w których znalazł się wykonawca w poprzednich postępowaniach, są jedynie konsekwencją wykluczenia zaistniałego przed ponad 2 laty. Sam wykonawca zresztą w końcowej części „Oświadczenia Wykonawcy” wskazał, że *nie jest zobligowany składać oświadczenia o którym mowa w art. 110 p.z.p.*

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę, że:

- wobec INKO Consulting nadal „aktywna” pozostaje sankcja wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z przypadkami wprowadzenia zamawiających błąd

w postępowaniach o udzielenie zamówienia opisanych w poz. 1.4 i 1.5 „Oświadczenia Wykonawcy”,

–INKO Consulting niezgodnie z rzeczywistością udzielił w JEDZ odpowiedzi „TAK” na pytanie *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?*

–INKO Consulting nie przeprowadził skutecznie procedury tzw. samooczyszczenia,

–INKO Consulting działał w sposób zamierzony lub rażąco niedbały, zaś przedstawione przezeń niezgodne z rzeczywistością informacje miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,

INKO Consulting podlega wykluczeniu z niniejszego Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, zaś jego oferta – odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili: Konsorcjum IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U., HIQE Sp. z o.o., BBF Sp. z o.o. (po stronie Odwołującego), INKO Consulting Sp. z o.o. (po stronie Zamawiającego) oraz ZDI Sp. z o.o. (po stronie Zamawiającego). Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili.

Izba oddaliła zgłoszoną przez Odwołującego opozycję wobec przystąpienia do postępowania wykonawcy ZDI. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie ma legitymacji do zgłoszenia przystąpienia, ponieważ skutkiem oddalenia odwołania byłoby utrzymanie wyboru oferty wykonawcy INKO Consulting jako najkorzystniejszej. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp jednym z warunków skuteczności przystąpienia jest wskazanie przez wykonawcę interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes w rozumieniu ww. przepisu należy rozumieć szeroko. Skoro w rozpoznawanej sprawie zarzuty odwołania zmierzają m.in. do odrzucenia oferty wykonawcy ZDI, to wykonawca ten bez wątpienia jest zainteresowany oddaleniem tych zarzutów, a zatem ich rozstrzygnięciem na korzyść Zamawiającego. Utrzymanie stanu, w którym oferta wykonawcy ZDI pozostaje nieodrzucona jest niewątpliwie dla tego wykonawcy korzystne, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w zależności od rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących drugiego z wykonawców oraz w zależności od dalszego przebiegu postępowania przetargowego, nie można wykluczyć możliwości uzyskania przez ZDI zamówienia.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego ZDI o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. Przystępujący podnosił, że mimo niepoinformowania Odwołującego o wykonawcach zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, powinien on wyinterpretować fakt skierowania takiego zaproszenia do Przystępującego (a więc uznanie jego oferty za niepodlegającą odrzuceniu) z punktacji przyznanej ofercie Odwołującego. Przystępujący wskazał, że jego oferta na etapie otwarcia była najkorzystniejsza (100 pkt), a oferta Odwołującego była druga w rankingu ofert (88,84 pkt). Gdyby zaś oferta Przystępującego przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej została przez Zamawiającego odrzucona – wtedy oferta Odwołującego otrzymałaby 100 pkt. W ocenie Izby termin na wniesienie odwołania nie powinien być liczony od zdarzeń, o których wykonawca mógł pośrednio wnioskować jedynie na podstawie określonych poszlak. Ponieważ odrzucenie odwołania powoduje pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia, przesłanek tego odrzucenia nie należy interpretować tak szeroko, jak to prezentował Przystępujący. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, bez ujawnienia kręgu wykonawców zaproszonych do aukcji, nadużyciem byłoby stwierdzenie, że w stosunku do Przystępującego ZDI (to tylko jego zaproszenia do aukcji można się było ewentualnie domyślać) zarzuty zostały podniesione po upływie ustawowego terminu. Co więcej, prowadziłoby to do odmiennej oceny terminowości tożsamyh zarzutów podniesionych w stosunku do dwóch wykonawców. Niezależnie od powyższego,

należy przy tym mieć na uwadze zakres dokumentów udostępnianych wykonawcom przed wyborem oferty najkorzystniejszej w kontekście możliwości podniesienia i należytego uzasadnienia zarzutów (art. 74 ust. 2 ustawy Pzp).

Zarzuty przedstawione w punktach 5.1-5.3 odwołania

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z wzorem Formularza cenowego, wskazana przez wykonawcę w ofercie cena za wykonanie Usługi na Etapie 2 (czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi) wynosić miała: „Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)”.

Wykonawca INKO Consulting zaoferował w Formularzu ofertowym następujące ceny za realizację zamówienia:

Lp.	Zakres usług – etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 SWZ	1.206.000,00	1.150.000,00
2	Usługi na Etapie 2 – czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 SWZ Uwaga! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	120.600,00	115.000,00
3	Razem zadanie (suma wierszy od 1 do 2)	1.326.600,00	1.265.000,00
4	Łączne wynagrodzenie	2.591.600,00	

Wykonawca ZDI zaoferował w Formularzu ofertowym następujące ceny za realizację zamówienia:

Lp.	Zakres usług – etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1 SWZ	807 507,70	942 092,30
2	Usługi na Etapie 2 – czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 SWZ Uwaga! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	100 000,00	80 000,00
3	Razem zadanie (suma wierszy od 1 do 2)	907 507,70	1 022 092,30
4	Łączne wynagrodzenie	1 929 600,00	

Pismami z 12 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu – na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – omyłek w ofertach INKO oraz ZDI.

W odniesieniu do oferty INKO Zamawiający wskazał:

W punkcie 2 Formularza cenowego, tj. Usługi na Etapie 2 - czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2) SWZ, dla Zadania 1 i 2 wykonawca zaoferował:

Lp.	Zakres usługi - etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
	Kolumna 1	Kolumna 2	Kolumna 3
2	Usługi na Etapie 2 - czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2) SWZ UWAGA! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	120 600,00	115 000,00

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wartość usługi w ramach Etapu 2 powinna wynieść minimum 10% łącznej ceny

danego zadania. Łączna wartość Zadania 1 i 2 wynosi:

3	RAZEM ZADANIE (Suma wierszy od 1 do 2)	1 326 600,00	1 265 000,00
---	--	--------------	--------------

Mając na uwadze powyższe, 10% ceny odpowiednio dla:

- Zadania 1 wynosi 132 660,00 zł,

- Zadania 2 wynosi 126 500,00 zł.

Skalkulowana przez Wykonawcę wartość pozycji 2 Formularza cenowego dla Zadania 1 (120 600,00 zł netto), oraz Zadania 2 (115 000,00 zł netto) nie jest wyższa niż 10% wymagane przez Zamawiającego, tj. dla Zadania 1 kwota 132 660,00 zł netto, dla Zadania 2 kwota 126 500,00 zł.

(...) Zamawiający dokonał poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w ramach Ceny Etapu 2, w następujący sposób:

Lp.	Zakres usługi - etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
	Kolumna 1	Kolumna 2	Kolumna 3
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1) SWZ	1 193 940,00	1 150 000,00
2	Usługi na Etapie 2 - czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2) SWZ UWAGA! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	132 660,00	126 500,00
3	RAZEM ZADANIE (Suma wierszy od 1 do 2)	1 326.600,00	1 265 000,00
4	ŁĄCZNE WYNAGRODZENIE (wiersz 3, kol. 2 + wiersz 3, kol. 3)	2 591 600,00	

W odniesieniu do oferty ZDI Zamawiający podał:

W punkcie 2 Formularza cenowego, tj. Usługi na Etapie 2 – czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2) SWZ, dla Zadania 2 wykonawca zaoferował:

Lp.	Zakres usługi - etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
	Kolumna 1	Kolumna 2	Kolumna 3
2	Usługi na Etapie 2 - czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2) SWZ UWAGA! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	100 000,00	80 000,00

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wartość usługi w ramach Etapu 2 powinna wynieść minimum 10% łącznej ceny danego zadania. Łączna wartość Zadania 2 wynosi:

3	RAZEM ZADANIE (Suma wierszy od 1 do 2)	907 507,70	1 022 092,30
---	--	------------	--------------

Mając na uwadze powyższe, 10% ceny Zadania 2 wynosi 102 209,23 zł.

Skalkulowana przez Wykonawcę wartość pozycji 2 Formularza cenowego (80 000 zł netto) nie jest wyższa niż 10% wymagane przez Zamawiającego, tj. kwotę 102 209,23 zł netto.

(...) Zamawiający dokonał poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w ramach Ceny Etapu 2, w następujący sposób:

Lp.	Zakres usługi - etap realizacji	Wynagrodzenie (zł netto)	
		Zadanie 1 (Budowa myjni)	Zadanie 2 (Przebudowa bocznic, tj. zadania 2a, 2b i 2c)
	Kolumna 1	Kolumna 2	Kolumna 3
1	Usługi na Etapie 1 – czynności nadzoru w trakcie realizacji robót, o których mowa w Rozdziale VI pkt 1) SWZ	807 507,70	919 883,07
2	Usługi na Etapie 2 - czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi, o którym mowa Rozdziale VI pkt 2) SWZ UWAGA! Nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania (określonego w wierszu 3)	100 000,00	102 209,23
3	RAZEM ZADANIE (Suma wierszy od 1 do 2)	907 507,70	1 022 092,30
4	ŁĄCZNE WYNAGRODZENIE (wiersz 3, kol. 2 + wiersz 3, kol. 3)	1 929 600,00	

W ocenie Izby zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5), zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 10).

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba stwierdziła, że Zamawiający – poprawiając tzw. inne omyłki w ofertach wykonawców INKO Consulting oraz ZDI nie naruszył przywołanych wyżej przepisów ustawy.

Nie było przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie, że oferty ww. wykonawców nie odpowiadały sformułowanemu w SWZ wymaganiu, aby wynagrodzenie za usługi na Etapie 2 (czynności nadzoru w okresie gwarancji i rękojmi) wynosiło nie mniej niż 10% wartości ceny oferty danego zadania. Istotą sporu jest natomiast prawna ocena możliwości poprawienia ofert Przystępujących. W ocenie Izby wskazane wyżej błędy podlegały poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym niezasadne byłoby odrzucenie ofert INKO Consulting oraz ZDI, zarówno z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia, jak i ze względu na błąd w obliczeniu ceny – źródłem tego błędu w obu przypadkach była bowiem niezgodność ofert z postanowieniami SWZ, która podlegała usunięciu w drodze poprawienia omyłki.

Podkreślenia wymaga, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Następnie podkreślić należy, że sam fakt zaistnienia w ofercie niezgodności z dokumentami zamówienia nie jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyraźnie zezwala bowiem na poprawienie tego rodzaju błędów, pod warunkiem że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Co więcej, przepis ten nie ogranicza możliwości poprawienia do omyłek oczywistych, jak to ma miejsce w przypadku omyłek pisarskich czy rachunkowych, a art. 223 ust. 3 ustawy wymaga co najmniej milczącej zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, zatem brak pewności Zamawiającego co do tego, czy oferta po poprawieniu będzie odpowiadać rzeczywistej woli wykonawcy, nie powinien być przeszkodą dla poprawienia omyłki.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie stwierdził, że błędy w ofertach Przystępujących podlegają poprawieniu. Po

pierwsze, trudno zakładać, że wolą Przystępujących było złożenie ofert naruszających wytyczne SWZ w taki sposób, aby usługi na etapie 2 wycenić nieznacznie poniżej 10% wynagrodzenia za dane zadanie. Tego rodzaju niedostosowanie się do wymagań Zamawiającego nie mogło być obliczone na jakiegokolwiek poprawienie sytuacji wykonawcy w postępowaniu – nie miało to bowiem żadnego wpływu na ranking ofert, a skala tego uchybienia również z punktu widzenia rozłożenia wypłaty wynagrodzenia w czasie nie może być uznana przynosząca wykonawcom jakiegokolwiek korzyści. W przypadku oferty INKO wynagrodzenie za etap 2 zadania 1 wynosiło 9,1% łącznego wynagrodzenia za zadanie 1 oraz 9,1% łącznego wynagrodzenia za zadanie 2. Co więcej, nawet pobieżna analiza formularza cenowego tego wykonawcy pozwala stwierdzić, jaki był mechanizm popełnionego błędu – wykonawca w przypadku obu zadań wycenił wynagrodzenie za etap 2 na poziomie 10% wynagrodzenia za etap 1, zamiast 10% łącznego wynagrodzenia za oba etapy. Prowadzi to do wniosku, że było to wynikiem błędnego odczytania wymagania Zamawiającego na skutek niedopatrzenia czy braku staranności. W przypadku oferty ZDI uchybienie dotyczyło jedynie zadania 2, w ramach którego usługi na etapie 2 zostały wycenione na 7,8%, co również trudno uznać za zamierzoną próbę niedostosowania się do wymagań SWZ.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że poprawienie omyłek w ofertach obu Przystępujących nie doprowadziło do istotnych zmian w treści tych ofert. Trudno bowiem za istotną zmianę uznać zwiększenie wynagrodzenia za etap 2 i zmniejszenie wynagrodzenia za etap 1 o kwoty stanowiące odpowiednio 0,9% i 2,2% ceny za poszczególne zadania. Dodatkowo, zmianie nie uległ ani zakres zobowiązania wykonawców, ani cena za poszczególne zadania (i w konsekwencji – łączna cena za realizację całego zamówienia).

Izba nie podziela stanowiska, że Zamawiający nie dysponował informacjami pozwalającymi na poprawienie ofert Przystępujących. Odwołujący podnosił, że zgodnie z SWZ cena za wykonanie Usługi na Etapie 2 nie musiała wynosić dokładnie 10% ceny za dane zadanie, ale minimum 10% tej ceny, co skutkuje istnieniem kilku sposobów poprawienia ofert. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że oferty powinny zostać poprawione w taki sposób, aby przy jak najmniejszej ingerencji w ich treść doprowadzić je do zgodności z SWZ, czyli przez dokonanie jedynie takich zmian, które są konieczne do wyeliminowania nieprawidłowości – i tak też postąpił Zamawiający. Wskazać należy, że oferty mogły być (i zostały) poprawione bez zmiany cen całkowitych, jedynie poprzez przesunięcie relatywnie niewielkich kwot między etapem 1 i 2. Biorąc pod uwagę, że 10% stanowi minimalny wymagany udział ceny za etap 2 w cenie łącznej, to kierując się zasadą zminimalizowania ingerencji w treść oferty, za prawidłowe należy przyjąć dokonanie najmniejszej możliwej zmiany, a zatem takiej, aby cena za etap 2 stanowiła 10% ceny za dane zadanie. Zauważyć należy przy tym, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie zastosował odmiennego sposobu poprawienia omyłek dla zadania 1 i 2 w ofercie INKO Consulting. Nie powinno budzić wątpliwości, że mechanizm zastosowany przez Zamawiającego był jednolity w odniesieniu do obu zadań, Zamawiający popełnił jedynie omyłkę podając niezmienną (niepomniejszoną) cenę za etap 1 w zadaniu 2.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego wystąpienia błędów w obliczeniu cen w ofertach INKO Consulting i ZDI, wskazać należy, że zarzut ten był wywodzony dokładnie z tych samych okoliczności faktycznych, co zarzut dotyczący niezgodności ofert z treścią SWZ i niezasadnego poprawienia omyłek w tych ofertach. Jakkolwiek obaj Przystępujący popełnili błąd polegający na nieprawidłowym podziale wynagrodzenia między dwa etapy zadań, to – jak już wyżej wskazano – źródłem tego błędu w obu przypadkach była niezgodność ofert z postanowieniami SWZ, która podlegała usunięciu w drodze poprawienia omyłki. Zauważenia wymaga, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ogranicza możliwości poprawienia tzw. innych omyłek wyłącznie do omyłek niemających żadnego związku z ceną oferty. Zatem jeśli uchybienie w ofercie polega na niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, to – nawet jeśli wymagania te odnoszą się do struktury ceny ofertowej – oferta może być poprawiona, pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek określonych w tym przepisie.

Zarzut przedstawiony w punkcie 5.4 odwołania

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. VIII pkt 3.1 lit. I SWZ Zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 SWZ.

Przystępujący INKO Consulting złożył z ofertą dokument JEDZ, w którym oświadczył, żea) *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 decyzję w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Ponadto Przystępujący przedstawił dokument pn. Oświadczenie wykonawcy, w którym poinformował, że składa oświadczenie w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca przedstawił informację dotyczące realizacji pięciu zamówień, w tym:

(...) 1.4 Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich etap II”

(...) W dniu 22.11.2022 r. (za pośrednictwem Platformy Zakupowej dostępnej pod adresem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: SAFEGE S.A.S. i poinformował o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Konsorcjum Firm. 1) INKO CONSULTING Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), 2) MP CONSULTING Sp. z o.o. (Partner Konsorcju). W ramach informacji wskazał: „(...) Zamawiający we wcześniej przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny - Medyka w ramach projektu: pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II” pismem nr IREZA3.292.13.2021.e.34 z dnia 7 kwietnia 2022r. wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. oraz MP Consulting Sp. z o.o. podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. i odrzucił ich ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) ustawy p.z.p., unieważniając jednocześnie postępowanie.

(24) W dniu 1.12.2022 r. odwołanie względem wykluczenia złożył w ramach konsorcjum Wykonawca.

(25) Wyrokiem KIO z dnia 15.12.2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22 KIO stwierdziła, że w tym postępowaniu oraz w postępowaniu na kanwie sprawy o sygn. akt: KIO 866/22 i 886/22 zachodzi stan faktyczny identyczny co do przesłanek wykluczenia, jednakże inna jest sytuacja procesowa Odwołującego w ramach obecnego postępowania, gdyż na skutek braku sprzeciwu Odwołującego (a Przystępującego w uprzednim postępowaniu) o sygn. akt KIO 868/22 czynność wykluczenia w szczególności Wykonawcy z poprzedniego postępowania uprawomocniła się, i w rezultacie zaistniało nowe zdarzenie i od daty 08.09.2021 r. biegnie zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 p.z.p.

(26) Jednocześnie Izba wskazała, że droga Wykonawcy do udzielenia zamówienia publicznego nie jest jednakże zamknięta, przy czym z uwagi na art. 111 pkt 5 p.z.p., konieczne byłoby przyznanie się w kolejnym postępowaniu w JEDZ-u oraz zastosowanie self-cleaning ze wszystkimi niezbędnymi elementami wynikającymi z art. 110 ust. 2 p.z.p.. Informacja zawarta w wyjaśnieniach do JEDZ w aktualnym postępowaniu nie odpowiada przesłankom skutecznego self-cleaningu i jest w rzeczywistości polemiką a nie próbą samooczyszczenia.

1.5 Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia – CPK – Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK) w podziale na 2 Części

(...) W dniu 15.12.2022 r. Zamawiający poinformował o wyniku postępowania: dokonując wyboru Wykonawcy dla części 1 postępowania.

(29) 27.12.2022 r. wpłynęło do Zamawiającego odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

1. ECM Group Polska S.A. – w zakresie Części nr 1;
2. MGGP S.A. – w zakresie Części nr 1;
3. TPF sp. z o.o. – w zakresie Części nr 2.

(30) Wyrokiem z dnia 13.01.2023 r. KIO, w odniesieniu do Części nr 1 dotyczącej wyboru oferty INKO Consulting Sp. z o.o. :

1) w sprawie o sygn. akt: KIO 3477/22:

a) Umożliżyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2,

b) Uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych

2) w sprawie o sygn. akt: KIO 3490/22:

a) Uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 1 do 3 oraz 10 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) Oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie,

(31) Wyrok z dnia 13.01.2023 r. został wydany w oparciu o zarzuty odwołujących dotyczące w szczególności twierdzeń o podlegania przez INKO Consulting Sp. z o.o. obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania ze względu na zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 p.z.p.

Ponadto wykonawca przedstawił następującą informację dotyczącą okresu podlegania wykluczeniu:

(32) Wskazać należy, że Wykonawca w okresie od 8.09.2021 do 8.09.2023 podlegał wykluczeniu na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia zgodnie z przepisem art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p. to jest od dnia wprowadzenia Zamawiającego w błąd w postępowaniu opisanym w pkt. 1.2.

(33) Zdarzeniem, od którego biegnie okres wykluczenia jest złożenie oferty wraz z JEDZ-em do Zamawiającego w ramach postępowania przywołanego w pkt 1.2. powyżej.

(34) Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2022 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22:

„zakaz ubiegania się o zamówienie biegnie od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli zdarzenia pierwotnego, które miało miejsce w poprzednim postępowaniu 08.09.2021 r. Wykluczenie, które miało miejsce czynnością z 22.11.2022 r. w aktualnym postępowaniu jest pochodną wcześniejszego zdarzenia, które rozpoczęło okres zakazu. Nie mamy tutaj do czynienia z wykluczeniem kroczącym, rozpoczynającym bieg, za każdym razem, gdy zostanie złożone wraz z ofertą oświadczenie w JEDZ-u, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczeniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. Inaczej mówiąc, nie jest tak, że każde kolejne złożenie oświadczenia, w ramach którego Odwołujący nie przyzna się do zaistniałego zdarzenia wywołuje kolejny skutek i nowy bieg okresu wykluczenia, czyli generuje tym samym nowe zdarzenie.

W ocenie Izby, okoliczność, że bieg okresu zakazu zaczyna się od zdarzenia pierwotnego wynika także z dyrektywy – tj. art. 57 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych – „od daty odnośnego zdarzenia”.

(35) Mając na względzie powyższy pogląd kolejne wykluczenia Wykonawcy opisane w pkt. 1.4 i 1.5 nie skutkują nowym rozpoczęciem biegu okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 5 ustawy p.z.p. a w związku z faktem, że Wykonawca nie został wykluczony z innej przyczyny niż opisane powyżej wykluczenie określone w przepisie art. 111 pkt 5 p.z.p. zakończyło się z dniem 8 września 2023 roku i tym samym Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz nie jest zobligowany składać oświadczenia o którym mowa w art. 110 p.z.p.

(36) Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że wszystkie wprowadzone środki w ramach procedury samooczyszczenia pozostają w mocy i są realizowane zgodnie ze stosownymi decyzjami Zarządu Wnioskodawcy.

W dniu 11 marca 2024 r. INKO Consulting przedstawił Zamawiającemu oświadczenie w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wraz z załącznikami (tajemnica przedsiębiorstwa). Oświadczenie zostało złożone w związku z wyrokiem Izby z 28 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 405/24, w którym Izba utrzymała w mocy wykluczenie ww. wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu, pn. Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Południowe – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice.” Wykluczenie wynikało z przedstawienia informacji wprowadzających ww. zamawiającego w błąd co do istnienia sankcji wykluczenia wynikających z postępowania pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyśle, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynierskich – etap II”.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy w przypadku, o którym mowa w , następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Art. 110 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, 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:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Stan faktyczny dotyczący zdarzeń zaistniałych we wcześniejszych postępowaniach nie jest w rozpoznawanej sprawie sporny. Istotą sporu jest ocena prawna tych zdarzeń i związanych z nimi oświadczeń Przystępującego INKO Consulting w bieżącym postępowaniu. W ocenie Izby analiza tych zdarzeń powinna prowadzić do wniosku, że Przystępujący INKO Consulting podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp. Przystępujący bowiem, w okresie objętym sankcją 2-letniego podlegania wykluczeniu z postępowania w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd w dwóch wcześniejszych postępowaniach, oświadczył w dokumencie JEDZ – niezgodnie ze stanem faktycznym – że nie jest winny czynów powodujących takie wykluczenie. Okres ww. sankcji rozpoczął swój bieg odpowiednio w dniach 9 sierpnia 2022 r. oraz 6 października 2022 r., tj. od zaistnienia zdarzeń będących podstawą wykluczenia. W tych datach Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające zamawiających w błąd, czego skutkiem było wykluczenie z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Oznacza to, że okres podlegania wykluczeniu trwał w dacie składania ofert oraz zaproszenia do udziału w aukcji w niniejszym postępowaniu i trwa nadal. W związku z tym Przystępujący zobowiązany był oświadczyć w dokumencie JEDZ, że taka okoliczność go dotyczy i – chcąc uniknąć wykluczenia z postępowania – przeprowadzić procedurę samooczyszczenia. Tymczasem Przystępujący na pytania w dokumencie JEDZ udzielił odpowiedzi niezgodnej ze stanem faktycznym i nie podjął nawet próby wykazania okoliczności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

O tym, że Przystępujący nie wprowadził w błąd nie świadczy przedstawienie Zamawiającemu wraz z ofertą dokumentu pn. Oświadczenie wykonawcy. W ocenie Izby oświadczenie to zostało sformułowane w sposób zmierzający do wywołania u Zamawiającego przekonania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przystępujący, informując w nim o zdarzeniach dotyczących wcześniejszych postępowań, przedstawił własną, niemającą uzasadnienia w faktach interpretację prawną, mającą prowadzić Zamawiającego do wniosku, że wobec wykonawcy nie działa obecnie sankcja wykluczenia z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, mająca swoje źródło w jego działaniach we wcześniejszych

postępowaniach. W treści tego oświadczenia Przystępujący prezentował tezę, że wykluczenia, które zostały orzeczone w ramach postępowań wskazanych w poz. 1.4 i 1.5 tego dokumentu (tj. dotyczące postępowań i zdarzeń zaistniałych w okresie ostatnich 2 lat) nie skutkują nowym rozpoczęciem biegu okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 5 Pzp, wykonawca nie został bowiem wykluczony z innej przyczyny niż wykluczenie określone w przepisie art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, a to zakończyło się 8 września 2023 r. W ocenie Izby informacja przedstawiona w dokumencie JEDZ w połączeniu z treścią Oświadczenia wykonawcy prezentuje nieprawdziwy obraz rzeczywistości, nakierowany na uniknięcie wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie wskazać należy, że ww. Oświadczenie wykonawcy w żadnej mierze nie może być uznane nawet za próbę samooczyszczenia, nie ma ono bowiem żadnych cech, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Nie tylko nie ma w nim mowy o podjęciu działań czy wdrożeniu środków wskazanych w ww. przepisie, ale jego treść wskazuje na dążenie do przekonania Zamawiającego, że w ogóle nie istnieją okoliczności, które wymagałyby przeprowadzenia takiej procedury.

Nie sposób zgodzić się z Przystępującym, że *zakaz ubiegania się o zamówienie biegnie od zdarzenia pierwotnego, za które należy uznać dzień 8 września 2021 roku*. To zdarzenie pierwotne, na które powołuje się Przystępujący, spowodowało, że powinien je ujawnić i dokonać samooczyszczenia w kolejnych postępowaniach, w których brał udział w okresie dwóch następnych lat. Ponieważ jednak Przystępujący tego nie zrobił, to popełnił nowe czyny, za który został wykluczony z postępowań, o których mowa w zarzucie (postępowania wskazane w punktach 1.4 i 1.5 Oświadczenia wykonawcy) i od daty ich popełnienia rozpoczęła bieg 2-letnia sankcja. Nie jest więc tak, że wykonawca jest w kolejnych postępowaniach karany za to samo zachowanie – obecnie obowiązująca sankcja związana jest z tym, że popełnił kolejny, nowy delikt, określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że wykluczenie z postępowań wskazanych w punktach 1.4 i 1.5 Oświadczenia wykonawcy nie było jedynie konsekwencją wykluczenia z wcześniejszego postępowania, ale było wynikiem przedstawienia informacji wprowadzających w błąd w tych właśnie postępowaniach. Izba podziela stanowisko Odwołującego, który wskazał, że Przystępujący został wykluczony z ww. postępowań nie dlatego, że w owym czasie na zasadzie art. 111 pkt 5 ustawy Pzp działała jeszcze sankcja wykluczenia orzeczona wobec niego w ramach wcześniejszego postępowania (z której jedynie wykonawca nie samooczyścił się skutecznie), ale dlatego, że w tych właśnie postępowaniach INKO Consulting przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. W sprawie KIO 3180/22 (dot. poz. 1.4 Oświadczenia wykonawcy) Izba oddaliła odwołanie INKO Consulting wobec wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a w sprawie KIO 3477/22 i 3490/22 (dot. poz. 1.5 Oświadczenia wykonawcy) Izba nakazała wykluczenie INKO Consulting na podstawie ww. przepisu. Zatem działania Przystępującego w postępowaniach, o których mowa w punktach 1.4 i 1.5 Oświadczenia wykonawcy zaktualizowały nowe podstawy wykluczenia z postępowania, obowiązujące przez okres kolejnych dwóch lat licząc od zaistnienia zdarzeń będących podstawą wykluczenia.

Powyższe prowadzi do wniosku, że również w rozpoznawanej sprawie Przystępujący popełnił czyn, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Mimo że Przystępujący miał lub co najmniej powinien mieć świadomość istnienia w stosunku do niego sankcji z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, przedstawił Zamawiającemu w tym zakresie informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym. Powyższe świadczy o zamierzonym działaniu lub co najmniej rażącym niedbalstwie tego wykonawcy. W związku z powyższym, Zamawiający powinien jeszcze przed etapem aukcji elektronicznej odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Ponadto stwierdzić należy, że oceny przedmiotowej sprawy nie zmienia fakt złożenia przez Przystępującego 11 marca 2024 r. oświadczenia wraz z dokumentami mającymi potwierdzać przeprowadzenie samooczyszczenia. Po pierwsze, już na wcześniejszym etapie postępowania zaktualizowała się wobec Przystępującego przesłanka wykluczenia, zatem w dacie złożenia ww. oświadczenia wykonawca nie powinien już brać udziału w postępowaniu – oświadczenie to nie naprawia wcześniejszej sytuacji. Po drugie, nie jest tak, że Przystępujący dopiero z wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 405/24 dowiedział się o podleganiu sankcji wykluczenia, przeciwnie – miał on lub co najmniej powinien mieć świadomość swojej sytuacji już w dacie składania ofert. Z kolei wyrok KIO 405/24, jakkolwiek stanowi wyraźne potwierdzenie interpretacji skutków nieprzyznania się w kolejnych postępowaniach do faktu podlegania sankcji z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, to nie odnosi się do postępowań będących źródłem sankcji wykluczenia w obecnym postępowaniu. Nie jest więc tak, że dopiero ten wyrok mógł uświadomić Przystępującemu jego sytuację, oczekiwanie na ten wyrok nie usprawiedliwia więc zwłoki w przeprowadzeniu procedury self-cleaning. W okresie między złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu a przedstawieniem dokumentów na okoliczność tej procedury nie zaszła żadna zmiana w sytuacji faktycznej i prawnej Przystępującego.

Na koniec wyraźnego podkreślenia wymaga, że w przypadku gdy dojdzie do ostatecznego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, powinien on ujawniać ten fakt w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, przez okres 2 lat od przedstawienia informacji skutkujących tym odrzuceniem oraz przeprowadzić procedurę, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Kontynuowanie dotychczasowego sposobu postępowania wykonawcy może natomiast skutkować kolejnymi wykluczeniami, uruchamiającymi sankcję z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 lit. a, b oraz § 7 ust. 2 pkt 3, ust. 4 i ust. 6 z 2020 r. poz. 2437). Biorąc pod uwagę zakres i wagę zarzutów uwzględnionych oraz oddalonych Izba uznała za zasadne obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego i Odwołującego po połowie (zarzuty oddalone dotyczyły tej samej kwestii i oparte były na takich samych podstawach faktycznych). Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis w wysokości 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę w wysokości 1.019,15 zł, tj. łącznie 23.219,15 zł, a więc każda ze stron odpowiada za koszty postępowania do kwoty 11.609,57 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 19.619,15 zł, zatem Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8.010 zł, stanowiącą różnicę między kosztami poniesionymi przez Odwołującego, a kosztami za jakie odpowiada w świetle wyniku postępowania (po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych).

Przewodnicząca:.....