Sygn. akt: KIO 4796/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**
Członkowie: **Monika Banaszkiewicz**
Anna Chudzik

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BICO GROUP sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Tel-Awiw, Izrael,** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **ECM Group Polska S.A. siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BICO GROUP sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Tel-Awiw, Izrael** i
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BICO GROUP sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited (Partne Konsorcjum) z siedzibą w Tel-Awiw, Izrael**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
   2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:……..……..
.....
.....

Sygn. akt: KIO 4796/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 5 – odc. węzeł Niemcza (bez węzła) – węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem), długości ok. 7,94 km”, nr referencyjny Zamawiającego: O/WR.D-3.2410.2.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: OJS67/2024 199213-2024.

W dniu 18 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited (Partner Konsorcjum) (Partner) z siedzibą w Izraelu wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie / TNM Limited, w Tel-Awiw, Izrael, przy twierdzeniu, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w stępowaniu 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.
Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty ECM Group Polska S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej;
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie / TNM Limited, w Tel-Awiw, Izrael przy twierdzeniu, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w stępowaniu 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;
3) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego
4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Tel-Awiw, Izrael, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 3 stycznia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ECM Group Polska S.A. siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że wykonawca ECM Group Polska S.A. siedzibą w Warszawiezgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący ECM Group Polska S.A. siedzibą w Warszawiepismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2025 r. (pismo z dnia 2 stycznia 2025 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:
Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.
Zgodnie z art. 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.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:
Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

publicznego BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie / TNM Limited, w Tel-Awiw, Izrael, przy twierdzeniu, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w stępowaniu 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, są w ocenie Izby niezasadne.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż zgodnie z pkt. 10.2. IDW (Tom I - SWZ), Zamawiający wskazał, iż: „Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert", z kolei w myśl pkt. 10.3 IDW: „Oświadczenie, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW (w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem" lub „JEDZ"), Wykonawca zobowiązany jest przesłać Zamawiającemu w formie elektronicznej (tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 14 IDW. (...) W zakresie „części IV Kryteria kwalifikacji" JEDZ **Wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α**, w takim przypadku Wykonawca nie wypełnia żadnej z pozostałych sekcji (A-D) w części IV JEDZ".

Jednocześnie w rozdziale 9 (Przesłanki wykluczenia wykonawców) SWZ, Zamawiający w pkt. 9.2. ppkt 8 wskazał, iż: „Dodatkowo Zamawiający wykluczy 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".

W dalszej kolejności, Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, wezwał konsorcjum firm Bico Group Sp. z o.o. – Lider konsorcjum z siedzibą w Warszawie oraz TNM Limited – Partner konsorcjum z siedzibą w Tel Aviv-Jaffa, Israel do złożenia: „Oświadczenia, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW (w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem" lub „JEDZ")".

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca Bico Group Sp. z o.o. złożył Zamawiającemu oświadczenie, o których mowa w pkt. 10.2. IDW w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wraz z załącznikiem nr 1 do JEDZ (STANDARDOWY FORMULARZ JEDNOLITEGO EUROPEJSKIEGO DOKUM ZAMÓWIENIA Część I: Informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia oraz instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego), załącznikiem nr 2 do JEDZ (Wyjaśnieniadotyczące braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego BICO GROUP Sp. z o.o. (PROCEDURA SAMOOCZYSZCZEN załącznikiem nr 3 do JEDZ (m.in. Regulamin wewnętrzny w sprawie sposobu przygotowywania ofert przetargowych do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rygorze ustawy Prawo zamówień publicznych oraz działań podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aneks nr 1 i 2 do Regulaminu wewnętrznego, umowa o świadczenie usług prawniczych i konsultingowych w zakresie zamówień publicznych).

Izba zważa, iż w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) wykonawca Bico Group Sp. z o.o. – Lide konsorcjum w części III (Podstawy wykluczenia) pod litera C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie „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?" udzielił odpowiedzi „Tak".

Jednocześnie w załączniku nr 1 do JEDZ, 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; 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?" wykonawca Bico Group Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi „Nie", oświadczając w pkt 1, że: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. pn:*Przywrócenie sprawności układu przesyłowego między zakładami „Farysa" i „Świderska" w Warszawie z wykorzystaniem istniejącego tunelu pod Wisłą*, nr referencyjny Zamawiającego: 02341/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2022, zamawiający pismem z dn. 28.04.2023 r. wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP, jako że wykonawca w ramach warunków udziału w postępowaniu wskazał osobę, której doświadczenie w opinii zamawiającego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca wskazuje jednakże, iż na podstawie art. 110 ust. 2 nie podlega wykluczeniu z nn. postępowania, jako że w zw. z zaistnieniem okoliczności, o których mowa powyżej przedsięwziął wszelkie niezbędne kroki celem wykluczenia możliwości powstania podobnej sytuacji w przyszłości. Ze względu na znikomość i rodzaj deliktu wykonawcy, który nie doprowadził do jakiejkolwiek szkody, jak też nie było w tym zakresie prowadzone jakiekolwiek oficjalne postępowanie, a w żadnym z ww. postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień, to bezprzedmiotowym było podejmowanie czynności, o których stanowi art. 110 ust.2 pkt 1 i 2 PZP. Wykonawca natomiast niezwłocznie dokonał przeorganizowania swojego personelu, jak też wprowadził wewnętrzne regulacje w postaci: *Regulaminu wewnętrznego m w sprawie sposobu przygotowywania ofert przetargowych do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rygorze ustawy Prawo zamówień publicznych oraz działań podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,* którego celem jest stworzenie jasnej i spójnej procedury przygotowania przez wykonawcę, działającemu samodzielnie lub wspólnie innymi podmiotami, ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, które prowadzone są w reżimie PZP. Regulamin ma zapewnić sprawne, zgodne z przepisami PZP i wymaganiami zamawiających przygotowywanie ofert przetargowych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, tak aby wyeliminować ryzyko jakichkolwiek negatywnych skutków dla wykonawcy o charakterze biznesowym czy też sankcyjnym, jakie wiążą się z nieprawidłowym przygotowaniem ofert przetargowych, w szczególności wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy, lub nieuzyskanie możliwej do uzyskania liczby punktów w procesie oceny ofert. Dodatkowo wykonawca dokonał zmian w strukturze zarządzania postępowaniami o udzielenia zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie struktur i rozwiązań audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. W tym celu nawiązał stałą współpracę z podmiotem profesjonalnie zajmującym się doradztwem w zakresie zamówień publicznych, którego zadaniem jest formalne i prawne czuwanie nad przebiegiem przygotowywania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także czynne wsparcie w procesie przygotowywania i weryfikacji ofert. Na dowód powyższego do oferty załączono ww. Regulamin oraz *Umowę świadczenia usług prawniczych i konsultingowych w zakresie zamówień publicznych*, jak również potwierdzenie istnienia w strukturze wykonawcy stanowiska Koordynatora Inwestycji."

Z kolei wykonawca TNM Limited (Partner konsorcjum) na wezwanie Zamawiającego, w dniu 19 sierpnia 2024 r. złożył również oświadczenie, o których mowa w pkt. 10.2. IDW w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, gdzie w części III (Podstawy wykluczenia) pod litera C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie „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?" udzielił odpowiedzi „Tak".

Jednocześnie w załączniku nr 1 do JEDZ,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; 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?" wykonawca TNM Limitedudzielił odpowiedzi „Nie", oświadczając w pkt 1, że: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miejskie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. pn:*Przywrócenie sprawności układu przesyłowego między zakładami „Farysa" i „Świderska" w Warszawie z wykorzystaniem istniejącego tunelu pod Wisłą*, nr referencyjny Zamawiającego: 02341/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2022, zamawiający pismem z dn. 28.04.2023 r. wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP, jako że wykonawca w ramach warunków udziału w postępowaniu wskazał osobę, której doświadczenie w opinii zamawiającego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wskazuje jednakże, iż na podstawie art. 110 ust. 2 nie podlega wykluczeniu z nn. postępowania, jako że w zw. z zaistnieniem okoliczności, o których mowa powyżej przedsięwziął wszelkie niezbędne kroki celem wykluczenia możliwości powstania podobnej sytuacji w przyszłości. Wykonawca na terenie Polski ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego jako Partner wspólnie z BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie (KRS 0000650302), które jako Lider ma umocowanie wykonawcy do przygotowania, weryfikacji i złożenia ofert w postępowaniu, jak też do występowania w imieniu wykonawcy. BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie, jako podmiot przygotowujący oferty w imieniu i na rzecz wykonawcy podjęło i wdrożyło następujące kroki: Wykonawca niezwłocznie dokonał przeorganizowania swojego personelu, jak też wprowadził wewnętrzne regulacje w postaci: Regulaminu wewnętrznego w sprawie sposobu przygotowywania ofert przetargowych do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w rygorze ustawy Prawo zamówień publicznych oraz działań podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest stworzenie jasnej i spójnej procedury przygotowania przez wykonawcę, działającemu samodzielnie lub wspólnie innymi podmiotami, ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, które prowadzone są w reżimie PZP. Regulamin ma zapewnić sprawne, zgodne z przepisami PZP i wymaganiami zamawiających przygotowywanie ofert przetargowych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, tak aby wyeliminować ryzyko jakichkolwiek negatywnych skutków dla wykonawcy o charakterze biznesowym czy też sankcyjnym, jakie wiążą się z nieprawidłowym przygotowaniem ofert przetargowych, w szczególności wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy, lub nieuzyskanie możliwej do uzyskania liczby punktów w procesie oceny ofert. Dodatkowo wykonawca dokonał zmian w strukturze zarządzania postępowaniami o udzielenia zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie struktur i rozwiązań audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. W tym celu nawiązał stałą współpracę z podmiotem profesjonalnie zajmującym się doradztwem w zakresie zamówień publicznych, którego zadaniem jest formalne i prawne czuwanie nad przebiegiem przygotowywania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także czynne wsparcie w procesie przygotowywania i weryfikacji ofert. Na dowód powyższego do oferty załączono ww. Regulamin oraz Umowę świadczenia usług prawniczych i konsultingowych w zakresie zamówień publicznych, jak również potwierdzenie istnienia w strukturze wykonawcy stanowiska Koordynatora Inwestycji Dla zapewnienia jeszcze szczelniejszej i efektywniejszej weryfikacji prewencyjnej po swojej stronie Zamawiający dokonał modyfikacji ww. Regulaminu, uzupełniając procedurę, jak i poszerzając swój personel o dodatkowa osobę Koordynatora Technicznego, którego zadaniem będzie weryfikacja techniczną i merytoryczna ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w zakresie kryterium selekcji. Te działania pozwolą na minimalizowanie a wręcz wykluczenie możliwości zaistnienia sytuacji, jak w ww. postępowaniu. Na dowód powyższego do oferty załączono ww. Aneks nr 1 do Regulaminu oraz jego tekst jednolity.".

Następnie, Zamawiający pismem z dnia 9 grudnia 2024 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo przekazane Wykonawcom w dniu 10 grudnia 2024 r.), jednocześnie informując o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie oraz TNM Limited w Tel-Awiw, Izrael, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a), gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. art. 110 ust. 3 zdanie 2 w zw. art. 111 pkt. 5) ustawy Pzp.

Izba zważa, iż zgodnie z 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. Natomiast w myśl art. 110 ust. 2 ustawy PZP, 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.
Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, iż procedura self-cleaningu (samooczyszczenia) jest procedurą, w której przyznano wykonawcy możliwość wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, pomimo że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania, przy czym zgodnie z normą zawartą w art. 110 ust. 2 ustawy PZP wykonawca jest zobligowany udowodnić Zamawiającemu, że podjął odpowiednie środki, które zapewniają zapobieżenie nieprawidłowym zachowaniom w przyszłości. Jednocześnie nie można tracić z pola widzenia, że w myśl art. 110 ust. 3 zd. 2 ustawy PZP, jeżeli podjęte prze wykonawcę czynności, o którym mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.
Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego jakoby TNM Limited (Partner konsorcjum), powołując się na czynności samooczyszczenia, których dokonało BICO GROUP sp. z o.o. (Lider konsorcjum), dokonał także skutecznego samooczyszczenia. Należy bowiem zauważyć, że norma prawna ujęta w art. 110 ust. 2 ustawy PZP odnosi się do „Wykonawcy", co oznacza, że przepis ten ma zastosowanie zarówno do wykonawcy działającego samodzielnie, jak i do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających w ramach konsorcjum. Tym samym, ustawodawca w zakresie procedury samooczyszczenia nie przewidział odmiennego postępowania w zakresie przeprowadzania procedury samooczyszczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), niż ma to miejsce w przypadku wykonawcy samodzielnie występującego w postępowaniu.
Ma to także swoje odzwierciedlenie w art. 58 ust. 5 ustawy PZP, w którym ustawodawca jednoznacznie wskazał, iż „przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia".
Izba zważa, iż Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż: „Żaden przepis prawa, w tym w szczególności przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) nie zakazuje podjęcia w ramach samooczyszczenia przez różne podmioty tożsamych działań, mających na celu uniknięcie w przyszłości deliktów, które wcześniej stały się przyczyną wykluczenia tych podmiotów z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego". Izba co do zasady zgadza się z powyższym poglądem Odwołującego, jednakże zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż w przedmiotowym postępowaniu Partner konsorcjum (TNM Limited) na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2024 r. nie przedstawił żadnych dowodów w postaci jakichkolwiek dokumentów potwierdzających podjęcie przez niego działań mających na celu uniknięcie nieprawidłowym zachowaniom (działaniom) w przyszłości. Wszystkie bowiem dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego potwierdzają wprowadzenie działań naprawczych jedynie przez Lidera konsorcjum (BICO GROUP sp. z o.o.) i co istotne w żadnym z tych dokumentów nie ma informacji, że dotyczą one również Partnera konsorcjum (TNM Limited).
W związku z powyższym, w ocenie Izby, nie można zgodzić się z tezą Odwołującego o podjęciu tożsamych czynności przez Lidera i Partnera konsorcjum. Poza tym, teza Odwołującego, iż „powierzenie Bico Group sp. z o.o. w imieniu i na rzecz TNM Limited przygotowania, wdrożenia i utrzymywania działań i procedur związanych z samooczyszczeniem", co ma zdaniem Odwołującego potwierdzać fragment ujęty w pkt 1 załącznika nr 1 do JEDZ„*TNM Limited na terenie Polski ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego jako Partner wspólnie z BICO GROUP sp. z o.o. w Warszawie (KRS 0000650302), które jako Lider ma umocowanie wykonawcy do przygotowania, weryfikacji i złożenia ofert w postępowaniu, jak też do występowania w imieniu wykonawcy*", ma stanowić o przeprowadzeniu własnego samooczyszczenia przez TNM Limited, jest w ocenie Izby tezą, która nie ma oparcia nie tylko w przepisach ustawy PZP, ale również w udzielonym pełnomocnictwie do reprezentowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działających w ramach konsorcjum z dnia 16 maja 2024 r.
Należy bowiem zauważyć, że po pierwsze w ustawie PZP brak jest przepisów dopuszczających możliwość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia tylko przez jednego z członków konsorcjum (tj. Lidera konsorcjum - BICO GROUP sp. z o.o.) i która to czynność miałaby automatycznie spowodować samooczyszczenie pozostałych członków konsorcjum (tj. Partnera konsorcjum - TNM Limited), a po drugie w pełnomocnictwie z dnia 16 maja 2024 r. brak jest jakichkolwiek zapisów świadczących o tym, że Lider konsorcjum (BICO GROUP sp. z o.o.) jest zobligowany do

przygotowania stosownych dokumentów potwierdzających wdrożenie działań naprawczych przez Partnera konsorcjum (TNM Limited).

Z kolei odnosząc się do poruszonej kwestii na rozprawie co do postępowania dotyczącego „Rozbudowy obwodnicy Giżycka na drodze krajowej nr 59" , to w ocenie Izby nie miała ona znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ze względu na fakt, iż w tamtym postępowaniu wykonawca BICO GROUP sp. z o.o. występował samodzielnie, a nie w ramach konsorcjum, co potwierdzają dowody wniesione przez Odwołującego.

Nadto Izba zważa, iż pozostałe dowody wniesione na posiedzeniu nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

Konkludując, zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu wykonawca TNM Limited (Partner konsorcjum) nie wykazał, tj. nie udowodnił (co wynika bezpośrednio z art. 110 ust. 2 ustawy PZP), jakie czynności podjął, wprowadził, aby zapobiec nieprawidłowym zachowaniom w przyszłości. Tym samym, nie może być mowy, aby Zamawiający mógł stwierdzić, że wykonawca TNM Limited podjął wystarczające czynności do wykazania jego rzetelności, a co za tym idzie i całego konsorcjum, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zachowanie takie świadczy jednoznacznie o tym, że Odwołujący działający jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP sp. z o.o. i TNM Limited w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

Z tego też względu zarzuty podniesione przez Odwołującego są zdaniem Izby niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

.....

.....