

WYROK

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Rafał Malinowski
Jolanta Markowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2024 r. przez wykonawcę Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyśle z siedzibą w Przemyśle

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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 Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyśle z siedzibą w Przemyśle (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utworzenie Pododdziału Kardiologii w ramach istniejącego Oddziału Kardiologii z Pododdziałem Intensywnego Nadzoru Kardiologicznego, Pododdziałem Kardiologii Inwazyjnej wraz z salą operacyjną w ramach CBO w Wojewódzkim Szpitalu im. Św. Ojca Pio w Przemyśle” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 listopada 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 684791-2023.

I. W dniu 6 marca 2024 r. wykonawca Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

–czynności odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) oraz 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp,

–czynności wyboru oferty ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, prz
jednoczesnym wykluczeniu z Postępowania Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp oraz art. 65 k.c. poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i uznanie, że w stosunku do Odwołującego ziszcila się wskazana podstawa wykluczenia, w tym doszło do ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdy tymczasem:

–Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie ziszcily się względem niego przesłanki umożliwiające zastosowanie ww. podstawy wykluczenia, w szczególności Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż do zdarzeń opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, notyfikowanych Zamawiającemu przez Wykonawcę, doszło z przyczyn leżących po jego [Odwołującego] stronie, a także, że Odwołujący w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jest warunkiem zastosowania tego przepisu;

–Zamawiający nie podjął nawet jakiegokolwiek próby zweryfikowania i wykazania przesłanek, od których stwierdzenia uzależnione jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a decyzję o wykluczeniu Wykonawcy – jak się wydaje – podjął wyłącznie na podstawie błędnie odczytanego oświadczenia Odwołującego, w którym to Odwołujący zaprzecza wystąpieniu podstawy wykluczenia (w odróżnieniu od zdarzeń opisanych w JEDZ);

–Zamawiający przyjął swoje stanowisko na podstawie błędnego, wybiórczego i abstrahującego od rzeczywistej treści i znaczenia odczytania oświadczenia złożonego przez Odwołującego w JEDZ, w którym Odwołujący w jednoznaczny sposób dał wyraz braku ziszczenia się w stosunku do Odwołującego przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zaznaczenie odpowiedzi „TAK” jest wyłącznie konsekwencją brzmienia pytania w JEDZ, czym dopuścił się naruszenia m.in. art. 65 k.c.;

2.art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. i) i art. 57 ust. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE („Dyrektywa Klasyczna”) poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania z uwagi na przedstawienie w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu (zignorowaniu) - z uwagi na faktyczne (automatyczne) przyjęcie braku takiej możliwości – procedury samooczyszczenia, wbrew treści SWZ (Rozdział VIII pkt 3 i 4) i przepisu prawa (m.in. art. 110 ust. 3 ustawy Pzp – „Zamawiający ocenia...”), podczas gdy Odwołujący w krótkim odstępie czasu (zaledwie ok. tygodnia), dobrowolnie i z własnej inicjatywy, zanim Zamawiający podjął w tym zakresie jakiegokolwiek czynności, poinformował Zamawiającego o przedłożeniu omyłkowo innego niż powinien oświadczenia JEDZ (możliwym wprowadzeniu w błąd), wskazując jednocześnie na podjęcie stosownych środków, które mają zapobiec wystąpieniu podobnych sytuacji w przyszłości wraz z przedłożeniem odpowiednich dowodów, które potwierdzały, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a zatem przeprowadzeniem w sposób skuteczny procedury samooczyszczenia, co Zamawiający winien mieć na względzie oceniając sytuację podmiotową Wykonawcy, do czego zobowiązuje go art. 110 ust. 2 ustawy Pzp („Wykonawca nie podlega wykluczeniu..., jeżeli...”);

3.art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny przedłożonej przez Odwołującego procedury self-cleaningu wbrew treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp („Zamawiający ocenia...”) oraz wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, mimo przeprowadzenia ww. procedury, a zatem wbrew treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp („Wykonawca nie podlega wykluczeniu..., jeżeli...”), w tym faktyczne przyjęcie, iż Wykonawca, który wprowadził Zamawiającego w błąd (przedłożył nieprawidłowy JEDZ) podlega automatycznie wykluczeniu i nie jest uprawniony do skorzystania z instytucji self-cleaningu, wbrew treści SWZ, w której wprost taka możliwość została przewidziana i mimo że Odwołujący niezwłocznie, zanim Zamawiający podjął w tym zakresie jakiegokolwiek działania, poinformował z własnej inicjatywy o ww. okolicznościach (tj. o złożeniu pierwotnie nieprawidłowego JEDZ), a ponadto przeprowadził stosowną procedurę samooczyszczenia (wraz z przedłożeniem odpowiednich dowodów na tę okoliczności), co też zostało zignorowane przez Zamawiającego (brak oceny), a co doprowadziło w ostateczności do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez błędne odrzucenie

oferty Odwołującego w Postępowaniu z uwagi na fakt, że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, w sytuacji w której – jak wskazano powyżej – w ocenie Odwołującego wykluczenie go z Postępowania było nieprawidłowe;

5.art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak sporządzenia spełniającego wymogi przepisów prawa uzasadnienia - w tym przede wszystkim uzasadnienia faktycznego - odrzucenia oferty Odwołującego, choćby poprzez brak wykazania (opisu) okoliczności, których wystąpienie świadczyć ma o ziszczeniu się względem Odwołującego przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp, a także zupełnego braku odniesienia się przez Zamawiającego do procedury samooczyszczenia, w tym w szczególności:

- braku wykazania w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu Odwołującego z Postępowania, iż do zdarzeń opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, notyfikowanych Zamawiającemu przez Odwołującego, doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a także, że Odwołujący w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co też jest warunkiem zastosowania tego przepisu, a czego jednak brak w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego (jak wynika z protokołu postępowania, w tym zakresie Zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do zweryfikowania i wykazania ww. okoliczności);
- brak wykazania w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu Odwołującego z Postępowania podstaw przyjęcia, iż Odwołujący w okolicznościach przedmiotowej sprawy wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku „zamierzonego działania”, co też skutkowało wykluczeniem Odwołującego także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp;
- brak oceny procedury self-cleaningu przez Zamawiającego, w tym przede wszystkim jakiegokolwiek odniesienia się przez Zamawiającego do jej przeprowadzenia przez Odwołującego i przedłożonych dowodów, mimo iż Zamawiający w SWZ wprost przewidział (a co też wynika z przepisów prawa) możliwość skorzystania z ww. procedury, do której to oceny Zamawiający jest zobowiązany (art. 110 ust. 3 – „Zamawiający ocenia...”);

a w konsekwencji

6.art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na podleganie wykluczeniu z Postępowania;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności:

Odnosząc się do opisanego w odwołaniu stanu faktycznego Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał, aby w stosunku do niego zmaterializowała się którakolwiek z przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych czynności, o czym świadczy choćby brak wezwania Odwołującego do ewentualnych dodatkowych wyjaśnień, czy też zgromadzenie dowodów, które potwierdzałyby wystąpienie poszczególnych przesłanek. Decyzja Zamawiającego w tym zakresie jawi się jako całkowicie arbitralna, dowolna, pozbawiona jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający oparł swoją decyzję wyłącznie na oświadczeniu z JEDZ, które zostało jednak odczytane w sposób wyjątkowo wybiórczy, błędny i stronniczy. Pytanie dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie zawiera w swojej treści jakichkolwiek odniesień do kluczowej przesłanki, jaką jest kwestia zawinienia („z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”). Odwołujący wyjaśnił, że biorąc pod uwagę orzecznictwo, z którego wynika bezwzględny (niezależny od zawinienia) obowiązek notyfikowania instytucji zamawiającej negatywnych zdarzeń z przeszłości kontraktowej, odpowiada twierdząco na pytania JEDZ o zaistnienie zdarzeń, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jednocześnie nie jest to przyznanie przez Odwołującego, że doszło wobec niego do spełnienia się przesłanki wykluczenia, a że zaistniały okoliczności, które zostały ujęte w pytaniu w JEDZ. Odwołujący stanowczo podkreślił, że nigdy nie twierdził, że ziszcza się w stosunku do niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zauważył, że zamawiający, oceniając sposób wypełnienia JEDZ, zobligowani są do analizy pełnego oświadczenia wykonawcy, opieranie się na samym odznaczeniu w tym formularzu „TAK” lub „NIE” może prowadzić do

wypaczenia rzeczywistego sensu wypowiedzi, którą temu dokumentowi nadaje wykonawca. Gdyby Zamawiający poddał wnikliwej analizie JEDZ z 8 stycznia 2024 r., jak i załączone do niego dokumenty, to ponad wszelką wątpliwość nie znalazłby podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że również w przypadku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, decyzja Zamawiającego podjęta została z rażącym naruszeniem prawa. W ocenie Odwołującego z przepisów ustawy Pzp, Dyrektywy zamówieniowej, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, Sądu Okręgowego w Warszawie oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, wynika, że wykonawcy mogą dokonać samooczyszczenia zasadniczo aż do momentu wykluczenia ich z postępowania. Warunkiem skorzystania z self-cleaningu jest, aby o nieprawdziwej informacji zamawiający dowiedział się od samego wykonawcy. Odwołujący zauważył, że nie został określony termin, w którym wykonawcy mogą skorzystać z procedury samooczyszczenia. W niniejszej sprawie Odwołujący samodzielnie przedstawił Zamawiającemu wszystkie informacje (sprostował je) oraz dobrowolnie (a nie pod wpływem dowiedzenia się przez Zamawiającego czy wykonawców konkurencyjnych o stosownych okolicznościach) rozpoczął procedurę samooczyszczenia, włącznie z poinformowaniem o tym Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że przeprowadzenie samooczyszczenia przez wykonawcę jest możliwe wyłącznie przed złożeniem oferty, ale już nie w trakcie postępowania. Wskazał na brak odniesienia się przez Zamawiającego do wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez niego w ramach procedury samooczyszczenia. Niezależnie od tego zauważył, że podjęte przez niego działania są w pełni odpowiednie i gwarantują, że z dużą dozą prawdopodobieństwa nie dojdzie w przyszłości do sytuacji podobnych do tej, która miała miejsce w Postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, że uzasadnienie zaskarżonej czynności (dalej: „Uzasadnienie”) zostało przez Zamawiającego sporządzone w sposób znacząco utrudniający mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej – Odwołujący często był zmuszony do domyslenia się, co Zamawiający miał na myśli. Odwołujący nie wie, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął, że względem niego ziściła się przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że choć zasadniczo nie kwestionuje wprowadzenia w błąd Zamawiającego, to nie są mu znane powody, które stanęły za uznaniem przez Zamawiającego, że działał celowo/w wyniku zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego. Ponadto, Uzasadnienie nie zawiera żadnych ocen Zamawiającego odnoszących się do wyjaśnień, a przede wszystkim dowodów, złożonych przez Odwołującego w ramach procedury tzw. self-cleaningu.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonej czynności. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący „w oświadczeniu JEDZ z dnia 28.12.2023 r. zaprzeczył co do wystąpienia podstaw wykluczenia, a następnie je potwierdził w oświadczeniu JEDZ z dnia 08.01.2024 r. z jednoczesnym zaprzeczeniem, że podjął procedurę samooczyszczenia, przy wiedzy Zamawiającego także o zaprzeczeniu przez Odwołującego się co do wystąpienia podstaw do wykluczenia w poprzednim postępowaniu” (znak DZP/18/PN/2023) – oświadczenie JEDZ złożone dnia 03.07.2023 r. Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę na fakt utajnienia przez Odwołującego oświadczenia JEDZ z dnia 08.01.2024 r.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionie (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Kierując się argumentacją przedstawioną przez Odwołującego w odwołaniu Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania nie była kwestionowana przez stronę przeciwną.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Odwołujący, składając ofertę w Postępowaniu, przedstawił Zamawiającemu dokument JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat.” udzielił odpowiedzi: „Nie”.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 28 grudnia 2023 r.

W dniu 8 stycznia 2024 r. Odwołujący z własnej inicjatywy złożył Zamawiającemu poprawiony dokument JEDZ wraz z dodatkowymi dokumentami.

W odpowiedzi na ww. pytanie Odwołujący udzielił odpowiedzi „Tak” i przedstawił w tym zakresie dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący stwierdził, że nie zachodzi względem niego podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wyjaśnił, że udzielenie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie wynika z tego, że odnosi się ono wyłącznie do części przesłanek składających się na ww. podstawę wykluczenia.

W związku z powyższym w odpowiedzi na pytanie: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” Odwołujący udzielił odpowiedzi „Nie”.

Ponadto, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; 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?” Odwołujący udzielił odpowiedzi „Tak”, dodając, że „W zakresie przedsięwziętych środków w związku z zaistniałą sytuacją, Adamietz wskazuje na przedłożone wraz z JEDZ stosowne wyjaśnienia/ dokumenty.”

Skorygowany dokument JEDZ Odwołujący złożył wraz z dodatkowymi dokumentami zawierającymi wyjaśnienia w zakresie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przyczyn udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie częściowo odnoszące się do ww. podstawy w pierwotnie złożonym dokumencie JEDZ, a także działań, które zmierzają do wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które mogą być postrzegane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd (tzw. self-cleaning), wraz z dowodami.

Pismem z dnia 1 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz ofertach odrzuconych. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania. Uzasadniając zaistnienie względem Odwołującego podstaw wykluczenia z Postępowania Zamawiający powołał się na treść odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego na pytanie częściowo odnoszące się do podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – zarówno w pierwotnym jak i uzupełnionym dokumencie JEDZ. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji związanych z procedurą samooczyszczenia (tzw. self-cleaning). Zamawiający stwierdził, że Odwołujący „zamierzonym działaniem albo co najmniej w związku z lekkomyślnością lub niedbalstwem” wprowadził go w błąd. W ocenie Zamawiającego Odwołujący „wskutek zamierzonego działania przedstawił informacje, które należało zweryfikować wcześniej i wdrożyć podczas przygotowywania materiałów do postępowania (złożenia oferty)”. Zamawiający stwierdził, że powinien posiadać informacje od Odwołującego w momencie otwarcia oferty, czyli w pierwszym dokumencie JEDZ, i samodzielnie zweryfikować przedstawione powody braku ewentualnego wykluczenia. Ponadto, wskazał na złożenie przez Odwołującego dwóch dokumentów JEDZ zawierających przeciwstawne treści.

Ww. stan faktyczny sprawy Izba ustaliła na podstawie dokumentacji Postępowania. Pozostałe dowody złożone przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego wykraczały poza fakty przytoczone przez Zamawiającego w Uzasadnieniu i w związku z tym nie dotyczyły okoliczności mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania należy na wstępie poczynić uwagi ogólne. Po pierwsze, wykluczenie wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania to instytucje o charakterze sankcyjnym. Zastosowanie ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga wykazania przez zamawiającego ziszczenia się wszystkich przesłanek składających się na daną podstawę wykluczenia z postępowania. Po drugie, rozpoznając zarzuty dotyczące czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty Izba bada zaskarżoną czynność zamawiającego mając na uwadze treść uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego. Okoliczności, które nie zostały przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności, podlegają pominięciu. W związku z powyższym, uwzględnienie przez Izbę zarzutów dotyczących niezasadnego odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oznacza wyrażenie negatywnej oceny tej czynności zamawiającego w kontekście przedstawionego przez niego uzasadnienia.

W rozpoznanej sprawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 oraz 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym Zamawiający obowiązany był do wykazania wszystkich przesłanek składających się na ww. podstawy

wykluczenia z postępowania. Izba uznała, że obowiązek ten nie został przez Zamawiającego wykonany.

I. W przypadku podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający nie odniósł się do żadnej przesłanki składającej się na tę podstawę. Należy zauważyć, że pierwsze z przytoczonych powyżej pytań zawartych w JEDZ jedynie częściowo odnosi się do podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - nie zawiera w swej treści wszystkich przesłanek składających się na tę podstawę wykluczenia. Pytanie to zostało sformułowane w następujący sposób:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat.”.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu wymaga zatem wykazania łącznego ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj. może mieć miejsce gdy:

- 1.wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- 2.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania miało miejsce w znacznym stopniu lub zakresie,
- 3.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie dotyczyło istotnego zobowiązania umownego,
- 4.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- 5.niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania, o którym mowa w punktach powyżej, doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Porównanie treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz pytania zawartego w JEDZ prowadzi do następujących wniosków:

Po pierwsze, pytanie zawarte w JEDZ nie zawiera trzech z pięciu przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. przesłanek wymienionych w pkt 2, 3 oraz 4.

Po drugie, wprowadzicie pytanie zawarte w JEDZ zawiera przesłanki, o których mowa w pkt 1 oraz 5, jednakże brak jest powiązania przesłanek z pkt 1 – 4 z przesłanką z pkt 5 w postaci związku przyczynowo - skutkowego, jak stanowi przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

w konsekwencji:

Po trzecie, udzielenie odpowiedzi twierdzącej na ww. pytanie JEDZ nie może stanowić wystarczającej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zastosowanie względem wykonawcy tej sankcji może mieć miejsce wyłącznie w przypadku wykazania przez zamawiającego wszystkich przesłanek wskazanych w ww. przepisie. W praktyce często oznacza to konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w ramach czynności badania i oceny ofert, w celu zebrania materiału dowodowego potwierdzającego zaistnienie podstawy wykluczenia wykonawcy.

Po czwarte, sytuację, w której wykonawca udziela na ww. pytanie w JEDZ odpowiedzi pozytywnej, a jednocześnie przedstawia wyjaśnienia, dlaczego w jego ocenie nie zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, należy uznać za oczywiście dopuszczalną. Cel ww. pytania polega na doprowadzeniu do przedstawienia zamawiającemu przez wykonawcę informacji, które mogą mieć istotne znaczenie w kontekście badania czy względem wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia. Skoro ww. pytanie JEDZ nie odnosi się do wszystkich przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to przedstawienie przez wykonawcę w takiej sytuacji dodatkowych wyjaśnień od razu wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ należy ocenić za prawidłowe, a wręcz pożądane.

II. Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego również w odniesieniu do zaistnienia względem Odwołującego podstaw wykluczenia, o których mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp. Dokonana w tym zakresie ocena Zamawiającego jest nieprawidłowa z następujących powodów:

Po pierwsze, Zamawiający nie wykazał wszystkich przesłanek składających się na ww. podstawy wykluczenia z postępowania. Zgodnie z przepisem 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 zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. przepisy zawierają te same kategorie przesłanek, tj.:

- wprowadzenie zamawiającego w błąd/przedstawienie informacji wprowadzających w błąd,

- istotny wpływ powyższego na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

- wina wykonawcy,

- a ponadto w przypadku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – chodzi o informacje dotyczące niepodlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Odwołujący wskazał w odwołaniu (pkt 71), że nie kwestionuje faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego. Przedstawione informacje dotyczą niepodlegania wykluczeniu, a zatem mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego – w takich przypadkach przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego co do zasady jest oczywista i nie wymaga szczególnego wykazywania. Natomiast w odniesieniu do przesłanki zawinienia Zamawiający w Uzasadnieniu wskazał, co następuje: „W związku z brakiem przedstawienia wraz z ofertą jakichkolwiek treści w związku z tzw. procedurą samooczyszczenia (tzw. self-cleaning), a złożone treści następnie potwierdzają, iż zamierzonym działaniem albo co najmniej w związku z lekkomyślnością lub niedbalstwem, Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd na etapie składania ofert. W związku z tymi okolicznościami Zamawiający uważa, iż Wykonawca wskutek zamierzonego działania przedstawił informacje, które należało zweryfikować wcześniej i wdrożyć podczas przygotowywania materiałów do postępowania (złożenia oferty), w którym wziął udział. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach potwierdził, iż „... na celu uniknięcia ewentualnych zarzutów związanych z zatajeniem przed Zamawiającym stosownych informacji, Wykonawca informuje, że (...)” - Zamawiający powinien posiadać takie informacje w momencie otwarcia oferty, czyli w pierwszym dokumencie JEDZ i samodzielnie zweryfikować przedstawione powody braku ewentualnego wykluczenia.” Z powyższego wynika, że Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia potwierdzającego, że wprowadzenie go w błąd miało miejsce na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa Odwołującego (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Zamawiający przedstawił uzasadnienie wyłącznie w odniesieniu do zarzucanego Odwołującemu zamierzonego działania. Jednakże przedstawione przez Zamawiającego okoliczności nie potwierdzają, że udzielając odpowiedzi na pytanie JEDZ Odwołujący działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Okoliczność złożenia przez Odwołującego poprawionego dokumentu JEDZ, w celu uniknięcia zarzutów związanych z zatajeniem informacji, nie potwierdza, że złożenie dokumentu JEDZ w jego pierwotnym brzmieniu zostało dokonane z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W świetle faktów przedstawionych przez Zamawiającego w Uzasadnieniu wnioszek ten należy uznać za zbyt daleko idący. W konsekwencji, należy stwierdzić, że przesłanka zawinienia nie została przez Zamawiającego wykazana.

Po drugie, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w Uzasadnieniu do wyjaśnień i dowodów Odwołującego przedstawionych na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem zaniechał dokonania ich oceny. Zgodnie z tym przepisem 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. Odwołujący wraz z poprawionym dokumentem JEDZ złożył między innymi wyjaśnienia i dowody w ramach procedury tzw. self-cleaningu, odnoszące się do sytuacji złożenia wraz z ofertą dokumentu JEDZ zawierającego błędną odpowiedź na pytanie częściowo odnoszące się do podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Natomiast w stanie faktycznym rozpoznanej sprawy Zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w ww. zakresie, a nawet nie podał w Uzasadnieniu, dlaczego od tej oceny odstąpił. W Uzasadnieniu Zamawiający jedynie rozpoczął jedno zdanie w następujący sposób: „W związku z brakiem przedstawienia wraz z ofertą jakichkolwiek treści w związku z tzw. procedurą samooczyszczenia (tzw. self-cleaning)”. Nie jest jednak wiadome czy Zamawiający miał na myśli wyjaśnienia i dowody odnoszące się do podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy podstaw, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. W odniesieniu do tej pierwszej podstawy należy w tym miejscu jedynie nadmienić, że Odwołujący nie mógł złożyć takich wyjaśnień i dowodów, skoro stoi na stanowisku, że ta podstawa wykluczenia względem niego nie zachodzi. Jeżeli zatem ww. twierdzenie dotyczyło podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, to należy zauważyć, że skoro do wprowadzenia w błąd miało dojść na wraz ze złożeniem oferty, to ciężko zarzucać Odwołującego, że już na tym etapie nie przedstawił wyjaśnień i dowodów w ramach procedury tzw. self-cleaning-u. Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają żadnej konkretnej granicy złożenia wyjaśnień i dowodów na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. (sygn. XXIII Ga 1811/18) „Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 PZP służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. Nie jest więc możliwe zastosowanie selfcleaning w sytuacji kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia. (wyrok Izby z dnia 28 lutego 2018 r., KIO 274/18)” Z pewnością zamawiający zobowiązany jest dokonania oceny wyjaśnień i dowodów złożonych w ramach procedury tzw. self-cleaning w sytuacji, która miała miejsce w stanie faktycznym rozpoznanej sprawie, tj. gdy wykonawca w krótkim okresie po otwarciu ofert (6 dni roboczych) przekazuje zamawiającemu skorygowane informacje, zanim jeszcze zamawiający samodzielnie się o nich dowiedział. Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający – w przypadku uznania, że wystąpiły wszystkie przesłanki składające się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp - był zobowiązany do dokonania oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, czego w Postępowaniu zaniechał.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zaskarżone czynności nie mogą się ostać, i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....