**Sygn. akt KIO 3718/23**

**WYROK**

**z dnia 3 stycznia 2024 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:Michał Pawłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Wesoła,

przy udziale wykonawcy POLSUPERSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3718/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 9, 10 i 13 odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu – Miastu Stołecznemu Warszawa Dzielnicy Wesoła:
   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
   1.2. Unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu z postępowania i odrzucenia jego oferty,
   1.3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) w odniesieniu do okoliczności dotyczących zerwania współpracy pomiędzy nim a wykonawcą D.M. na podstawie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r., wykonania tego porozumienia w zakresie zakończenia przez wykonawcę D.M. współpracy z dotychczasowym księgowym, okoliczności podniesionych w piśmie sygnalizacyjnym wykonawcy POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 16 listopada 2023 r. dotyczących dalszej współpracy wykonawcy D.M. z wykonawcą D.M. po dniu 5 sierpnia 2023 r. oraz innych działań o charakterze samooczyszczającym wdrożonych przez wykonawcę D.M. w jego przedsiębiorstwie, ewentualnie również innych okoliczności, których wyjaśnienie zamawiający uzna za niezbędne.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnicę Wesoła i:
   3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. Zasądza od zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawa Dzielnicy Wesoła na rzecz odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Starym Mystkowcu kwotę 11 418 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego obejmujących uiszczony wpis od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę.
   3.3. Oddala wniosek uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**……

**Sygn. akt KIO 3718/23**

**Uzasadnienie**

Miasto Stołeczna Warszawa Dzielnica Wesoła, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„pielęgnację zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy".* Numer referencyjny tego zamówienia to 29/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 listopada 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00476154/01.

W dniu 11 grudnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.M. z siedzibą w Mystkowcu, zwany dalej „Odwołującym" lub „wykonawcą D.M.", wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

1) wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2) odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu,

3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1) art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz naruszający równe traktowanie wykonawców, jak również w sposób naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności, a to poprzez brak precyzyjnego sformułowania żądania skierowanego do Odwołującego co do rodzaju i zakresu wyjaśnień i/lub dowodów oczekiwanych przez Zamawiającego, a zawartego w treści wezwania Zamawiającego z dnia 21 listopada 2023 r., co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a następnie nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego, a w ślad za tym zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 1),

2) art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz naruszający równe traktowanie wykonawców, jak również w sposób naruszający zasadę przejrzystości i proporcjonalności, w postaci braku precyzyjnego uzasadnienia twierdzenia (oceny) Zamawiającego, zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2023 r., a z którego wynika, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie były wystarczającego do wykazania jego rzetelności, co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a następnie nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu, a w ślad za tym do nieuzasadnionego zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 2),

3) art. 18 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu, że wyjaśnienia i dowody przedłożone przez Odwołującego, a świadczące o podjęciu procedury samooczyszczenia, zgodnie z art. 110 ust. 2 Ustawy PZP, są niewystarczające i nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego (zarzut nr 3),

4) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające oraz, że nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego (zarzut nr 4),

5) art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez uniemożliwienie wykazania przez Odwołującego jego rzetelności, w tym podjęcia stosownych środków naprawczych (zarzut nr 5),

6) art. 110 ust. 3 ustawy PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające oraz, że nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego (zarzut nr 6),

7) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sposób enigmatyczny i ogólnikowy, a co za tym idzie nie pozwalający Odwołującemu na ustalenie które konkretnie dokumenty, przedłożone przez Odwołującego na potrzeby samooczyszczenia, są przez Zamawiającego kwestionowane i z jakich powodów (zarzut nr 7),

8) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego sformułowania wezwania Odwołującego do złożenia, względnie uzupełnienia, podmiotowych środków dowodowych, względnie innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, w postaci dowodów, w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy PZP, wystarczających dla wykazania rzetelności Odwołującego (zarzut nr 8),

9) art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sposób enigmatyczny i

ogólnikowy, a co za tym idzie nie pozwalający Odwołującemu na ustalenie, które konkretnie dokumenty przedłożone przez Odwołującego na potrzeby samooczyszczenia, są przez Zamawiającego kwestionowane i z jakich powodów (zarzut nr 9),

10) art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie prawidłowego sformułowania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych, względnie innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, w postaci dowodów, w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy PZP, wystarczających dla wykazania rzetelności Odwołującego (zarzut nr 10),

11) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu, wobec nieuzasadnionego stwierdzenia, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające oraz, że nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego (zarzut nr 11),

12) art. 239 ustawy PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 12),

13) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające oraz, że nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego (zarzut nr 13).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu,

3) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca D.M. wskazał, że w postępowaniu wraz z ofertą złożył oświadczenie o tym, że podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, z jednoczesnym oświadczeniem o tym, że na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy PZP skorzystał z instytucji self-cleaningu (samooczyszczenia), przedstawiając na tą okoliczność stosowne wyjaśnienia i dowody dla wykazania, że podjął niezbędne czynności dla wykazania swojej rzetelności oraz że spełnił wszystkie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 ustawy PZP. Na dowód tego Odwołujący przedłożył: 1) informację o podjętych działaniach naprawczych, 2) porozumienie o rozwiązaniu współpracy, 3) procedurę przygotowania i składania ofert.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów samooczyszczenia, powołując się w tym zakresie na dyspozycję. Zamawiający w treści wezwania stwierdził, że po dokonaniu analizy dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia oczekuje od Odwołującego wykazania dodatkowych dowodów na potwierdzenie, że środki zaradcze podjęte przez Odwołującego są wystarczające oraz że gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości polegających na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia ograniczającego konkurencję w przyszłych postępowaniach. Zdaniem Odwołującego wezwanie to w swojej treści było wewnętrznie sprzeczne, ponieważ Zamawiający najpierw wezwał Odwołującego powołując się wprost na dyspozycję art. 128 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień, po czym w dalszej części wezwania wezwał Odwołującego do przedłożenia dowodów na potwierdzenie, że środki zaradcze podjęte przez Odwołującego są wystarczające oraz że gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości, co może sugerować, że Zamawiający działał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP mimo, że wprost takiej podstawy prawnej Zamawiający nie przywołał w treści wezwania. Wykonawca D.M. wskazał, że taki sposób sformułowania treści wezwania spowodował, że nie miał on możliwości przygotowania i przedłożenia wyjaśnień oraz uzupełnień o odpowiedniej treści merytorycznej, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie skonkretyzował swojego stanowiska. Zamawiający po prostu nie wskazał w treści wezwania, które konkretnie dokumenty przedłożone przez Odwołującego na potrzeby samooczyszczenia są przez Zamawiającego kwestionowane, a przede wszystkim z jakich powodów. Zamawiający w żadnej mierze nie wskazał z jakich konkretnie przyczyn wyjaśnienia i dokumenty przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą w ramach samooczyszczenia nie stanowią dla Zamawiającego dowodu dla wykazania, że podjęte przez Odwołującego środki zaradcze są wystarczające oraz gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości. Odwołujący podniósł, że pomimo tak ogólnie i enigmatycznie

sformułowanego wezwania, jak również ze względu na jego wewnętrzną sprzeczność, Odwołujący przedstawił swoje stanowisko Zamawiającemu w piśmie z dnia 24 listopada 2023 r. Pomimo to Zamawiający ani nie skierował do Odwołującego poprawnie sformułowanego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, ani nie skierował do Odwołującego poprawnie sformułowanego wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący podkreślił, że ustawowym obowiązkiem Zamawiającego jest sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, jak również wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, w sposób szczegółowy, wyczerpujący i precyzyjny, natomiast jakiekolwiek zaniedbania Zamawiającego w wykonaniu tego ustawowego obowiązku nie mogą rodzić negatywnych konsekwencji dla Odwołującego, a w szczególności w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Dlatego zdaniem Odwołującego Zamawiający kierując do Odwołującego wezwanie określonej treści dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 128 ust. 1 i art. 128 ust. 4 ustawy PZP.

Odwołujący podniósł również, że następnie Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy PZP i odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP wskazując, że dokumenty świadczące o podjęciu procedury samooczyszczenia przedłożone przez Odwołującego zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP w ocenie komisji przetargowej są niewystarczające i nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego. Choć Zamawiający wskazał, że Odwołujący w odpowiedzi z dnia 24 listopada 2023 r. jakoby nie udzielił stosownych wyjaśnień oraz że nie wykazał również dodatkowych dowodów potwierdzających skuteczność samooczyszczenia, to takie stanowisko Zamawiającego jest wtórne wobec faktu, że na treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 24 listopada 2023 r. bezpośredni wpływ miała enigmatyczna i ogólnikowa treść wezwania. Odwołujący podsumował, że nawet w ramach zawiadomienia nie doczekał się przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia przyczyn wykluczenia go z postępowania, a konsekwencji odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie wskazał nawet, które konkretnie dokumenty przedłożone przez Odwołującego na potrzeby samooczyszczenia są przez Zamawiającego kwestionowane, a przede wszystkim z jakich powodów. Zamawiający w żadnej mierze nie wskazał, z jakich konkretnie przyczyn wyjaśnienia i dokumenty przedłożone przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia nie stanowią w jego ocenie dowodu dla wykazania, że podjęte przez Odwołującego środki zaradcze są wystarczające oraz gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości. Odwołujący uważa, że Zamawiający w ten sposób w istocie pozbawił go możliwości merytorycznej polemiki z jego stanowiskiem przedstawionym zarówno w wezwaniu, jak i w zawiadomieniu.

Ponadto według Odwołującego Zamawiający naruszył art. 16 i art. 18 ust. 1 ustawy PZP, a w konsekwencji tych zaniedbań Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty wykonawcy D.M. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, przez co naruszył też dyspozycję art. 239 ustawy PZP. Odwołujący uzasadnił to tym, że Zamawiający zaniechał precyzyjnego sformułowania żądania w treści wezwania co do rodzaju i zakresu wyjaśnień i / lub dowodów oczekiwanych przez Zamawiającego dla wykazania że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia były wystarczające do wykazania jego rzetelności, a także zaniechał precyzyjnego uzasadnienia oceny w treści wezwania, jak i w treści zawiadomienia, a z których wynikałoby, dlaczego podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie były wystarczające do wykazania jego rzetelności. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się również naruszenia dyspozycji art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, gdyż Zamawiający zaniechał szczegółowego, wyczerpującego i precyzyjnego przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, wobec postawionego przez Zamawiającego zarzutu, że podjęte przez Odwołującego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające i że nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności Odwołującego. Na koniec Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, do czego brak było podstaw, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy POLSUPER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „wykonawcą POLSUPER") do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono zgłoszone w przewidzianym ustawą terminie oraz w wymaganej przepisami prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania i uczestnika postępowania, a także uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 grudnia 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w jego piśmie z dnia 26 grudnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów, które zostały złożone przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu Izby:

- Informacji z dnia 7 sierpnia 2023 r. z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Wilanów m. st. Warszawy,

- Informacji z dnia 26 września 2023 r. o odrzuceniu ofert wykonawców i unieważnieniu postępowania prowadzonego przez Dzielnicę Wilanów m. st. Warszawy,

- Informacji z dnia 7 czerwca 2023 r. z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Dzielnicę Wesoła m. st. Warszawy

- Zawiadomienia z dnia 10 października 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i oferty wykonawcy D.M.

- wybranej dokumentacji z postępowania prowadzonego przez Zarząd Zieleni m. st. Warszawy (informacji o złożonych ofertach, dokumentów dotyczących samooczyszczenia wykonawcy D.M., korespondencji Zamawiającego z wykonawcą D.M., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2 zamówienia)

- pisma sygnalizacyjnego wykonawcy POLSUPER z dnia 16 listopada 2023 r. z załącznikami

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej i dopuszczonych jako dowody w sprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, którym jest Miasto Stołeczna Warszawa Dzielnica Wesoła,prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„pielęgnację zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy”.*

Zgodnie z częścią 2 ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia objęte są usługi polegające na pielęgnacji zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy, w tym na koszeniu, renowacji trawników, grabieniu, pieleniu krzewów i żywopłotów, cięciach krzewów i żywopłotów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami stanowi Załącznik nr 1 do SWZ.

Oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, w tym wykonawca D.M.. W ślad za złożoną ofertą wykonawca ten złożył pismo przewodnie, w którym wyjaśnił, że podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez okres 3 lat liczony od dnia 13 lipca 2023 r. Jednocześnie wyjaśnił on, że skorzystał z instytucji self-cleaningu (samooczyszczenia), o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy PZP, a co za tym idzie, że podjął niezbędne czynności dla wykazania swojej rzetelności, wobec czego zostały przez niego spełnione wszystkie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 ustawy PZP. Na dowód tego wykonawca D.M. w załączeniu do swojego pisma przedłożył:

1) Informację o podjętych działaniach naprawczych – dokument z dnia 28 sierpnia 2023 r., który wyjaśnia fakty i okoliczności związane z postępowaniem wykonawcy, a także informujący o działaniach naprawczych podjętych przez wykonawcę na potrzeby zapobiegania wykluczaniu wykonawcy i odrzucaniu oferty wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego,

2) Porozumienie o rozwiązaniu współpracy – zawarte w dniu 5 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę D.M. z synem D.M. dotyczące zerwania współpracy w zakresie prowadzonych działalności gospodarczych, w tym zaprzestania użyczania sobie nawzajem zasobów na potrzeby ubiegania się o zamówienia publiczne, świadczenia sobie nawzajem usług na zasadzie podwykonawstwa, zrezygnowania przez wykonawcą D.M. z obsługi księgowej Anny Szurawskiej i odwołania jej pełnomocnictw, niezatrudniania tych samych pracowników celem wyeliminowania ewentualnego przepływu informacji,

3) Procedurę przygotowania i składania ofert – dokument z dnia 28 sierpnia 2023 r. dotyczący procedury udziału wykonawcy D.M. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 16 listopada 2023 r. wykonawca POLSUPER złożył pismo sygnalizacyjne wraz z załącznikami, w którym poinformował Zamawiającego o okolicznościach wskazujących na to, że wykonawca D.M. w dalszym ciągu ściśle współpracuje z wykonawcą D.M..

W dniu 21 listopada 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP wezwał wykonawcę D.M. do udzielenia mu wyjaśnień dotyczących dokumentów samooczyszczenia. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że razem z ofertą wykonawca złożył dokumenty świadczące o podjęciu procedury samooczyszczenia w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23. Zamawiający dokonując analizy przedstawionych dokumentów oczekiwał od wykonawcy D.M. wykazania dodatkowych dowodów na potwierdzenie, że podjęte środki zaradcze są wystarczające i gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości polegających na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia ograniczającego konkurencję w przyszłych postępowaniach.

W odpowiedzi z dnia 24 listopada 2023 r. wykonawca D.M. wyjaśnił, że dowody załączone do samooczyszczenia, które przedłożył w postępowaniu, są wystarczające, natomiast jeżeli Zamawiający uważa inaczej, to powinien wskazać z jakich konkretnie powodów przedłożone dowody uważa za niewystarczające. Wykonawca D.M. dodał, że z uwagi na ogólnikowość nie jest w stanie odnieść się do żądania Zamawiającego.

Następnie w dniu 4 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę wykonawcy POLSUPER. Jednocześnie Zamawiający wykluczył wykonawcę D.M. uznając, że podjęte przez niego czynności samooczyszczenia nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w związku z czym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP odrzucił jego ofertę, jako ofertą złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy D.M. z postępowania Zamawiający podał, że:

*„W prowadzonym postępowaniu ofertę złożył wykonawca D.M., który podlega wykluczeniu na podstawie art. 111 ust. 4 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5. Przyczyną wykluczenia wykonawcy było stwierdzenie zawarcia z innym wykonawcą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji – zmowy cenowej. Fakt ten został potwierdzony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. KIO 2128/23 i KIO 2134/23.*

*Wykonawca D.M. do oferty w postępowaniu na pielęgnację zieleni niskiej w pasach dróg gminnych na terenie Dzielnicy Wesoła m.st. Warszawy dołączył dokumenty świadczące o podjęciu procedury samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2, które w ocenie komisji są niewystarczające i nie dają gwarancji co do wiarygodności i rzetelności wykonawcy.*

*W dniu 21 listopada 2023 r. zostało skierowane do wykonawcy pismo (ZP-D-XIV-ZZP.271.132. 2023.PSI) wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących dokumentów samooczyszczenia, w tym do wykazania dodatkowych dowodów na potwierdzenie, że podjęte środki zaradcze są wystarczające oraz gwarantują wyeliminowanie zaistniałych nieprawidłowości, polegających na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia ograniczającego konkurencję w przyszłych postępowaniach.*

*W odpowiedzi z dnia 24 listopada 2023 r. wykonawca D.M. nie udzielił stosownych wyjaśnień, nie wykazał również dodatkowych dowodów potwierdzających skuteczność samooczyszczenia.*

*"Przeprowadzona przez wykonawcę procedura samooczyszczenia, następnie oceniana przez zamawiającego nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności jej przeprowadzenia. Tym samym należy stwierdzić, iż procedura samooczyszczenia nie powinna być pozorna tylko rzeczywista" – wyrok KIO 2230/23 z dnia 16 sierpnia 2023 r.*

*W ocenie zamawiającego wykonawca D.M. nie dowiódł zamawiającemu, że podjął czynności gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących przesłankę jego wykluczenia z postępowania".*

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 grudnia 2023 r. oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także licznie złożonymi dowodami z dokumentów, rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w swoim środku ochrony prawnej 13 zarzutów, w których zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 16 ustawy PZP – zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2)

przejrzysty, 3) proporcjonalny,

- art. 18 ust. 1 ustawy PZP – mówiący, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne,

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP – zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie,

- art. 110 ust. 2 ustawy PZP – który 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,

- art. 110 ust. 3 ustawy PZP – według którego 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,

- art. 128 ust. 1 ustawy PZP – według którego, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,

- art. 128 ust. 4 ustawy PZP – w świetle którego Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP – stanowiący, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

- art. 239 ustawy PZP – według którego Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1), najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2),

- art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP – niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zasadniczymi przyczynami, dla których Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż złożone odwołanie jest częściowo zasadne, było nieprawidłowe sformułowanie przez Zamawiającego wezwania do Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów złożonych Zamawiającemu w ramach procedury samooczyszczenia, przez co Odwołujący nie był w stanie merytorycznie odnieść się do treści wezwania. Konsekwencją wadliwego wezwania do wyjaśnień było później dokonanie przez Zamawiającego niedostatecznej, wręcz arbitralnej, negatywnej oceny co do skuteczności samooczyszczenia dokonanego przez Odwołującego w związku z okolicznościami dotyczącymi wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w następstwie potwierdzenia zaistnienia zmowy przetargowej z udziałem Odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku wydanym w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23. Następnie wszystko to znalazło odzwierciedlenie w niedostatecznym uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów nr 9 i 10 odwołania dotyczących naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP, to należy

stwierdzić, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania powinna być każdorazowo poprzedzona wystosowaniem wezwania do tego wykonawcy celem złożenia wyjaśnień. Swoimi wyjaśnieniami wykonawca powinien rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego. Niemniej treść tych wyjaśnień determinowana jest szczegółowością pytań i zagadnień poruszonych w wezwaniu. Nie jest rzeczą wykonawcy, aby domyślać się intencji Zamawiającego, czyli tego jakich informacji i jakiej kategorii dokumentów mu brakuje do podjęcia czynności w postępowaniu. To właśnie Zamawiający celem należytego zweryfikowania okoliczności mających świadczyć o rzetelności wykonawcy – w związku z wprowadzeniem w jego przedsiębiorstwie środków służących zapobieganiu nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości – ma obowiązek w sposób jasny, precyzyjny i szczegółowy sformułować swoje wezwanie do wyjaśnień, żeby mógł zbadać czy środki wdrożone przez zainteresowanego wykonawcę są wystarczające. W niniejszej sprawie Zamawiający nie podołał temu obowiązkowi, albowiem jak słusznie twierdził Odwołujący, wezwanie skierowane do niego było sformułowane w sposób enigmatyczny i ogólnikowy. Zamawiający nie ujął w treści tego wezwania tych elementów z dokumentów samooczyszczenia Odwołującego, które wzbudziły wątpliwości u Zamawiającego i wymagały szerszego omówienia i szerszego udokumentowania.

Przechodząc do omówienia zarzutu nr 13 odwołania wskazującego na naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP to należy stwierdzić, że ta pierwotna wadliwość w działaniach Zamawiającego w postaci ogólnikowości oraz niedokładności w sformułowaniu wezwania do wyjaśnień doprowadziła do tego, że również sama decyzja o wykluczeniu wykonawcy D.M. z postępowania i odrzuceniu jego oferty została nienależycie uzasadniona. Na podstawie uzasadnienia czynności Zamawiającego Izba nie była w stanie ustalić, dlaczego self-cleaning Odwołującego został uznany przez Zamawiającego za niewystarczający i ocenić, czy czynność ta w warstwie merytorycznej była prawidłowa. Podkreślić należy, że czynność odrzucenia oferty wykonawcy, w tym jej uzasadnienie prawne i faktyczne, ma duże znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też Zamawiający uzasadniając swoją czynność nie może czynić tego w sposób niepełny i lapidarny. Uzasadnienie faktyczne i prawne czynności w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców powinno wskazywać powody odrzucenia oferty. W aspekcie formalnym zarówno czynność wezwania wykonawcy D.M. do złożenia wyjaśnień, jak i następnie samo uzasadnienie czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty były wadliwe i z tych właśnie przyczyn Izba uwzględniła zarzuty nr 9, 10 i 13 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przesądza w tym momencie, czy pomimo zawarcia w przeszłości porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2128/23 i KIO 2134/23, samooczyszczenie dokonane przez wykonawcę D.M. pozwala uznać tego wykonawcę za rzetelnego. To Zamawiający zgodnie z pkt 1.3 sentencji wyroku powinien dążyć do zweryfikowania okoliczności podawanych przez tego wykonawcę w złożonych dokumentach, tj. dotyczących zerwania dotychczasowej współpracy pomiędzy nim a wykonawcą D.M. na podstawie porozumienia z dnia 5 sierpnia 2023 r. i wykonania tego porozumienia w zakresie zakończenia przez wykonawcę D.M. współpracy z tą samą księgową. Dodać należy, iż Odwołującemu nie była znana treść pisma sygnalizacyjnego wykonawcy POLSUPER z dnia 16 listopada 2023 r., które zostało złożone Zamawiającemu w trakcie postępowania. Pełnomocnik Odwołującego na rozprawie przed Izbą nie miał nawet możliwości skonsultowania się z Odwołującym odnośnie sposobu ustosunkowania się do okoliczności podniesionych w tym piśmie, a uzasadniających podejrzenie dalszej bliskiej współpracy Odwołującego z wykonawcą D.M. po dniu 5 sierpnia 2023 r., na co może wskazywać podanie w ofertach obu wykonawców w dwóch różnych postępowaniach tego samego pojazdu (zamiatarki jezdniowej) dedykowanego do realizacji zamówienia. Zatem również i z tego względu Zamawiający powinien powtórzyć procedurą wyjaśniającą w zakresie self-cleaningu dokonanego przez Odwołującego. Niezależnie od tego weryfikacji ze strony Zamawiającego powinny podlegać także inne działania samooczyszczające w przedsiębiorstwie wykonawcy D.M.. Pewną wskazówką, w jaki sposób należy prawidłowo formułować wezwania do wyjaśnień, mogą być dla Zamawiającego złożone przez Odwołującego jako dowody wybrane dokumenty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zarząd Zieleni m. st. Warszawy.

W związku z powyższym Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania oznaczone jak nr 9 i nr 10 – dotyczące naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP oraz zarzut nr 13 – dotyczący naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Zasadne okazały się również zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania, jako pokłosie naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP i art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, gdyż brak precyzyjnego sformułowania żądania wyjaśnień przedłożonych dokumentów, a następnie szczątkowe, niepełne uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty, świadczy o tym, że Zamawiający działał w sposób nieprzejrzysty i w sposób nierówny traktował wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała, że skoro Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził weryfikację skuteczności procedury samooczyszczenia przez Odwołującego, to na tym etapie postępowania rozstrzyganie o zarzutach dotyczących zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy

PZP, przy uznaniu jego procedury samooczyszczenia za niewystarczającą, oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, tj. zarzutach nr 4, 5, 6 i 11, jest przedwczesne, gdyż na podstawie treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie da się wywieźć, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu w zaskarżonym w zarzutach odwołania zakresie. Na podstawie lektury uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy D.M. Izba nie jest w stanie stwierdzić, dlaczego zdaniem Zamawiającego działania naprawcze wdrożone przez Odwołującego po potwierdzeniu zmowy przetargowej, w tym nowe procedury wewnętrzne i zerwanie współpracy z firmą jego ojca – wykonawcy D.M., są nieskuteczne i niewystarczające.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutów nr 3, 7, 8 i 12, Izba oddaliła je jako niezasadne.

W zarzucie nr 3 odwołania dotyczącym naruszenia art. 18 ust. 1 ustawy PZP, tj. zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący upatruje naruszenia tej zasady w niepełnym uzasadnieniu faktycznym i prawnym zawiadomienia o odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Izby jest to stanowisko nieuprawnione, bo choć Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, iż dodatkowo w swoich czynnościach kierował się pismem sygnalizacyjnym wykonawcy POLSUPER z dnia 16 listopada 2023 r. odrzucając ofertę Odwołującego, to jednakże należy mieć na względzie, że od momentu zainicjowania procedury wyjaśniającej w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający swoje oczekiwania i stanowisko prezentował w sposób niekonkretny i nieco enigmatyczny, nie artykułując wyraźnie, w czym tak naprawdę widzi niezadowalające rezultaty samooczyszczenia wykonawcy D.M.. Nie można na tej podstawie jednoznacznie stwierdzić, na ile Zamawiający był po prostu niestaranny w swoich czynnościach, a na ile rezultat tych czynności w postaci ubogich treściowo oraz lakonicznie sformułowanych pism mógł być świadomym działaniem mającym na celu ukrycie rzeczywistych intencji Zamawiającego.

W zakresie zarzutów nr 7 i nr 8, które odnosiły się do naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP, to Zamawiający choć oczekiwał od wykonawcy D.M. poparcia procedury samooczyszczenia dodatkowymi dowodami, to nie wystosował swojego wezwania w oparciu o ten przepis. W ocenie Izby z treści wezwania Zamawiającego z dnia 21 listopada 2023 r. wynika, że poprzez żądanie wyjaśnień oczekuje on od wykonawcy D.M. uszczegółowienia jego pisma przewodniego z dnia 13 listopada 2023 r. o inne dowody oprócz tych załączonych, które potwierdzałyby skuteczność dokonanego samooczyszczenia. W żadnym razie nie może to jednak implikować wniosku, że Zamawiający oczekiwał wskazania mu nowych dokumentów zawierających nowe treści uprzednio niewyrażone w złożonych dotychczas dokumentach, czyli o zupełnie nowe rodzajowo treści względem tych ujawnionych w piśmie z dnia 13 listopada 2023 r. i załącznikach do niego.

Jeśli chodzi o zarzut nr 12 odwołania odnoszący się do naruszenia kryteriów oceny ofert opisanych w art. 239 ustawy PZP, to on jest również niezasadny, albowiem Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiającyw toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie
z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria. Sam przedwczesny wybór oferty innego wykonawcy, jeszcze przed prawidłowym dokonaniem badania i oceny oferty zainteresowanego wykonawcy, nie świadczy o naruszeniu zasad kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 5 w zw. z § 5 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). Izba – uznając wagę uwzględnionych zarzutów dla rozstrzygnięcia tego odwołania – zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w całości w wysokości 11 418 zł 00 gr, obejmujący uiszczony wpis od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła podstaw do tego, aby zasądzić od Odwołującego na rzecz Uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy POLSUPER zwrot kosztów postępowania odwoławczego. W świetle obecnie obowiązujących przepisów prawa regulujących przebieg postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą warunkiem zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy chociażby oddaleniu zarzutów odwołania w części, jest częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wniesieniu skutecznego sprzeciwu przez wykonawcę, które wcześniej zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jednakże taka sytuacja procesowa nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu. Stąd też brak było podstaw do uwzględnienia wniosku uczestnika postępowania odwoławczego i do zasądzenia na jego rzecz od Odwołującego zwrotu kosztów tego postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**……..