Sygn. akt: KIO 3787/23

WYROK

Warszawa, dnia 5 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Monika Kawa-Ogorzałek
Ernest Klauziński

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w Pölten, Austria w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 3 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 grudnia 2023 r. oraz odrzucenie oferty uczestnika Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w 2/3 oraz odwołującego w 1/3 i:
   - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w Pölten, Austria tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w Pölten, Austria tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, kwotę 1 086 zł 49 gr (słownie: tysiąc osiemdziesiąt sześć złotych czterdzieści dziewięć groszy) tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
   - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
   - 3.3 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1 562 zł 16 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset sześćdziesiąt dwa złote szesnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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:……..
.....
.....

Sygn. akt: KIO 3787/23

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pod nazwą „*EW Solina – Remont cykliczny Hz-3 i Hz-4 – część mechaniczna wraz z wymianą zasuw awaryjnych, podestów oraz drabinek zejściowych szybów zasuw Hz-3 i Hz-4* (nr ref.: POST/EOD/EOD/BM/00032/2023), dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 040-117056, w dniu 24 lutego 2023 r.

W dniu 18 grudnia 2023 roku Odwołujący - wykonawca Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w Pölten, Austria (dalej: „Odwołujący” lub „Voith”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11

września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej zwanej „Pzp") wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze oferty Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie („Remak"), jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż względem tego wykonawcy ziściła się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i lit. b Pzp.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c Pzp, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, w zw. z art. 111 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 119 Pzp, w zw. z § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów, lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie") poprzez wybór oferty wykonawcy, który w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużył się podmiotem, który podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na niewykazanie, że Litostroj Engineering a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej (dalej „Litostroj") nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o treść przepisu art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp;
2) art. 17 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Remak, pomimo iż względem tego podmiotu ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania ze względu na fakt, iż wykonawca ten nienależycie wykonywał wcześniejsze umowy o zamówienie publiczne, co doprowadziło do odstąpienia od umowy lub odszkodowania;
3) art. 17 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Remak, pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania, lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, co do wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty z dnia 8 grudnia 2023 roku, odrzucenia oferty Remak w oparciu o treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jego oferta jest drugą najlepszą ofertą w kolejności i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1, Odwołujący wskazał, że analiza treści wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców oraz przepisu § 74 czeskiej ustawy o zamówieniach publicznych, prowadzi do wniosku, że dokument przedłożony przez Remak w postępowaniu nie potwierdza, że względem Litostroj (podmiotu, na zasoby którego powołał się Remak celem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu) nie dochodzi do ziszczenia się przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, powyższe znajduje potwierdzenie w informacjach ujawnionych w systemie e-Certis, z których wynika, że ani wyciąg z rejestru karnego osób prawnych, ani wyciąg z listy zatwierdzonych podmiotów gospodarczych („Výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů") nie stanowią dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący podkreślił, że informacje zawarte w systemie e-Certis, przepisie § 74 czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz załącznika numer 3 do tejże ustawy wskazują, że przesłanka zawarta w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp – nie może zostać potwierdzona w oparciu o wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców, wyciąg z rejestru karnego osób prawnych, czy też wyciąg z rejestru handlowego. Remak na tę okoliczność, pomimo jednoznacznego wezwania Zamawiającego, nie przedstawił żadnych wyjaśnień, czy też innych dokumentów – a co za tym idzie nie wykazał, że wobec Litostroj nie orzeczono prawomocnie zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2, Odwołujący wskazał, że Remak w okresie kilku ostatnich lat nie wykonał, lub nienależycie wykonał co najmniej jedną wcześniejszą umowę o zamówienie publiczne, tj. umowę zawartą z PGE GiEK S.A. pn. „Dostosowanie IOS 7,8 w Elektrowni Dolna Odra do wymagań konkluzji BAT w zakresie obniżenia emisji SO2 dla PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra". Spółka PGE GiEK S.A. nałożyła na Remak karę umowną z tytu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 1 600 000,00 złotych, zaś w dniu 12 maja 2021 roku – zamawiający odstąpił od umowy w części (raport giełdowy bieżący z dnia 12 maja 2021 roku).

Odwołujący dodatkowo podniósł, że Remak został również obciążony karami umownymi z tytułu opóźnienia w realizacji inwestycji:

1) „Zaprojektowanie i wykonanie robót w systemie „pod klucz" związanych z modernizacją EC-2 Polkowice pod kątem produkcji ciepła dla odbiorców zewnętrznych, jak i dostosowanie poziomu emisji spalin do dyrektywy IED i tzw. konkluzji BAT" na rzecz spółki Kofama Koźle S.A. w wysokości 1 850 000,00 złotych;

2) budowy nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów w wysokości 1 682 700,00 złotych (raport giełdowy bieżący z dnia 19 września 2018 roku);

3) „Zwiększenie wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych w MPEC Sp. z o.o. w Olsztynie poprzez budowę instalacji wykorzystującej biomasę" w wysokości 5 917 727,00 złotych (raport giełdowy bieżący z 30 czerwca 2020 roku).

W uzasadnieniu zarzutu nr 3, Odwołujący wskazał, że Remak w terminie wskazanym w wezwaniu przedstawił JEDZ, w którym wskazał, że względem niego nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia z postępowania, a także nie złożył wyjaśnień w ramach procedury self-cleaningu, o której mowa w art. 110 Pzp, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III sekcja C „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?", powinien zaznaczyć odpowiedź „tak".

W dniu 20 grudnia 2023 r., Remak (dalej zwany także: „Przystępującym") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 28 grudnia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości, nie przytaczając szczegółowego uzasadnienia dla tego twierdzenia.

W dniu 2 stycznia 2023 r. Przystępujący złożył pismo, w treści którego przychylił się do stanowiska Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii prawnej sporządzonej w dniu 29 grudnia 2023 r. przez czeską Kancelarię Prawną prowadzoną przez: adwokata A.U. oraz adwokata M.M. dotyczącą: zarzutu nr I odwołania, na okoliczność jej treści,a zwłaszcza spełnienia przez Przystępującego i jego dedykowanego podwykonawcę - Litostroj Engineering a.s. warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, a tym samym braku podstaw do uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutów nr 2 i 3 odwołania, Przystępujący wskazał w odniesieniu do umowy zawartej z: PGE GiEK S.A. pn.: Dostosowania lOS 7,8 w Elektronowi Dolna Odra do wymagań
konkluzji BAT w zakresie obniżenia emisji SO2 dla PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektronowi Dolna Odra, co miało skutkować nałożeniem na Przystępującą kary umownej w kwocie: 1.600.000,00 zł oraz częściowym odstąpieniem od umowy przez PGE GiEK S.A., że zgodnie z raportem giełdowym z dnia 12 sierpnia 2021 r. pomiędzy stronami umowy doszło do zawarcia porozumienia na mocy, którego PGE GiEK S.A. cofnął oświadczenie o odstąpieniu od umowy i żądanie zapłaty kary umownej w kwocie 1.600.000,00 zł, na które to cofnięcie w obydwu przypadkach Przystępujący wyraził zgodę.

Odnosząc się do pozostałych trzech inwestycji wskazanych przez Odwołującego w akapicie 27 Odwołania, Przystępujący podkreślił, że domniemanie zdarzenia opisane przez Odwołującego nie są objęte okresem czasowym wskazanym w art. 111 pkt 4 Pzp. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów: protokołu odbioru do użytkowania Inwestycji z dnia 02 grudnia 2019 r. oraz Listu Referencyjnego z dnia 18 sierpnia 2020 r. na okoliczność ich treści.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony i uczestnik podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1) wydruków z listy radców prawnych i adwokatów, na okoliczności braku wiedzy i uprawnień do wydawania opinii bazującej na prawie polskim, przedłożonej przez Przystępującego;
2) wydruku ze strony internetowej kancelarii i wydruk z Linkedln, na okoliczność specjalizacji w prawie ubezpieczeń społecznych i prawa pracy w zakresie prawa czeskiego osób podpisujących opinię;
3) raport z weryfikacji podpisu opinii, na fakt nieprawidłowego złożenia podpisu pod dokumentem;
4) tłumaczenia wyciągu z listy zatwierdzonych podstaw gospodarczych, na fakt braku informacji o zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w treści listy;
5) tłumaczenia wydruku z eCertis na fakt zakresu podstaw wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym w Czechach;
6) tłumaczenia wyciągu z rejestru karnego osób prawnych, na fakt braku informacji o zakazie ubiegania się o udzielenia zamówienia publicznego w ich treści;
7) tłumaczenia informacji z eCertis o KRK o podmiocie zbiorowym, na fakt zakresu informacji potwierdzanych tym dokumentem;
8) tłumaczenia informacji z eCertis, na fakt zastosowania krajowej podstawy wykluczenia i powiązanie dokumentów.
9) wydruków SWZ z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, do których referował Przystępujący, na fakt zastosowanych w tych postępowaniach fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

W dniu 3 stycznia 2024 r., po zamknięciu rozprawy, Odwołujący złożył załącznik do protokołu, zawierający wnioski

dowodowe, które zostały przez Izbę pominięte.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pod nazwą „*EW Solina – Remont cykliczny Hz-3 i Hz-4 – część mechaniczna wraz z wymianą zasuw awaryjnych, podestów oraz drabinek zejściowych szybów zasuw Hz-3 i Hz-4* (nr ref.: POST/EOD/EOD/BM/00032/2023), dalej zwane: „Postępowaniem".

Zamawiający zastrzegł zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, określonych w art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4, 7-10 Pzp.

W odpowiedzi na ogłoszenie, do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty, w tym oferty Przystępującego oraz Odwołującego, zaś oferta Przystępującego została najwyżej oceniona w rankingu ofert.

Przystępujący wskazał w ofercie, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 14.2.4. Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") posłuży się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego – GE Renewable Austria GmbH. Na potwierdzenie tej okoliczności Remak złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym wskazany został zakres dostępnych Remak zasobów podmiotu trzeciego.

Zamawiający przed zaproszeniem wykonawców w przedmiotowym Postępowaniu do aukcji elektronicznej, wezwał wszystkich wykonawców w trybie art. 126 ust. 2 Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w oparciu o które Zamawiający mógłby dokonać właściwej kwalifikacji podmiotowej. Zamawiający nie był bowiem w stanie ocenić przesłanek wykluczenia na podstawie samej oferty, ponieważ zgodnie z pkt. 15. 1 SWZ – Zamawiający nie żądał przedłożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Remak przedstawił dokumenty– GE Renewable Austria GmbH, które miały wykazywać dysponowanie przez ten podmiot doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 14.2.4. lit a) pkt 1) SWZ. Dalej, na podstawie art. 122 Pzp Zamawiający wezwał Remak do zastąpienia GE Renewable Austria GmbH innym podmiotem trzecim lub wykazania, że samodzielnie Remak spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie, Remak zastąpił GE Renewable Austria GmbH innym podmiotem trzecim – Litostroj. W celu wykazania, że ten nowy podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z Postępowania, Remak przedstawił aktualne dokumenty podmiotowe Litostroj, zaś w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia następujące:

1)wyciąg z rejestru handlowego prowadzonego przez Sąd Okręgowy w Brnie;
2)wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców;
3)wyciąg z rejestru karnego osób fizycznych – C.B.;
4)wyciąg z rejestru karnego osób fizycznych – Z.Z..

Przystępujący wskazał, że wyciąg elektroniczny z listy kwalifikowanych dostawców generowany przez system informacji o zamówieniach publicznych ministerstwa ds. rozwoju regionalnego Republiki Czeskiej – zastępuje informację z Krajowego Rejestru Karnego w odniesieniu art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp – w/w dokument poświadczający, że dla podmiotu nie widnieją prawomocne skazania w kraju siedziby dostawcy.

Zamawiający po analizie dokumentów, pismem z dnia 1 czerwca 2023 roku wezwał Remak w trybie art. 128 ust. 1 i art. 122 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych, wskazując na konieczność wyjaśnienia w oparciu, o które dokumenty Litostroj nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący dnia 12 czerwca 2023 roku złożył wyjaśnienia, w których potwierdzał, że podmiot Litostroj Engineering a.s., na którego zasobach polega, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Podkreślił, że Wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców dla Litostroj Engineering a.s. z dnia 17 maja 2023 r. stanowi podmiotowy środek dowodowy (wraz z pozostałymi załączonymi dokumentami) potwierdzający warunki udziału w postepowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia z postępowania. Na tę okoliczność przytoczył literalne brzmienie przepisów, które zostały powołane w wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców, tj. § 74 i § 77 czeskiej ustawy o zamówieniach publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także wyjaśnił, że § 224 ustawy nr 134 z dnia 19 kwietnia 2016 r. o udzielaniu zamówień publicznych w Republice Czeskiej, regulujący procedurę systemu informacyjnego administracji publicznej zarządzanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w Czechach, zawiera m.in. wykaz kwalifikowanych dostawców. Urzędowy wykaz zatwierdzonych (kwalifikowanych) dostawców (wykonawców) uregulowany jest przepisami od § (sekcja) 226 do § (sekcja) 232 ww. ustawy. Przystępujący przytaczając stosowne przepisy opisał także sposób korzystania z wyciągu z listy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający następnie unieważnił czynności związane z wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków

dowodowych, na co odwołanie wniósł wykonawca Voith i wyrokiem z dnia 01 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2058/23) Izba nakazała Zamawiającemu dokonania oceny przedłożonych podmiotowych środków dowodowych po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp.

W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca Voith wniósł odwołanie wobec czynności zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej. W dniu 01 września 2023 r. (KIO 2458/23) Izba wydała postanowienie o odrzuceniu odwołania. W dniu 11 września 2023 r. odbyła się aukcja elektroniczna z udziałem wszystkich oferentów, którą wygrał Odwołujący.

Odrzucając w dniu 20 października 2023 r. ofertę Odwołującego Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie aktualności wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców Litostroj oraz w zakresie wykazania, że podmiot trzeci Litostroj nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie zdrowotne. Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał, że członkowie zarządu Litostroj oraz sam podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu ze względu na skazanie za przestępstwo wymienione w treści art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f pzp. Zamawiający uznał, że przedłożony podmiotowy środek dowodowy w postaci wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców dotyczący Litostroj nie jest wystarczającym dokumentem potwierdzającym spełnienie przez zarząd Litostroj oraz sam podmiot trzeci warunku niekaralności za przestępstwo opisane w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit f Pzp.

Wyrokiem z dnia 8 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3201/23), Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Remak i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 20 października 2023 r. polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Remak i nakazała ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Remak.

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca Remak, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części, zaś podniesione zarzuty częściowo potwierdziły się. Stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 1 odwołania sprowadzał się do zakwestionowania sposobu oceny przez Zamawiającego dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Remak w zakresie przesłanki wykluczenia opisanej w art. z art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt. 4 Pzp,

z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Przesłanka ta stanowi transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.), dalej zwanej „dyrektywą klasyczną".

W treści dyrektywy klasycznej, w art. 57 ust. 6 in fine, kwestia zakazu udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie została ujęta jako przesłanka wykluczenia, lecz jako negatywna przesłanka możliwości zastosowania procedury self-cleaning: „*Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący*.". Na gruncie rodzimych przepisów Pzp ustawodawca przyjął odmienne rozwiązanie, zaś w kontekście przepisów czeskich, dyrektywa została transponowania niemal dosłownie.

Dokumentami podmiotowymi potwierdzającymi brak zaistnienia przesłanki wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt. 4 Pzp, są zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm.) dwa dokumenty – informacja z Krajowego Rejestru Karnego, dotycząca orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego oraz oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ), dotyczące orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego. W przypadku podmiotów mających

siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, § 4 ww. rozporządzenia reguluje, że zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Trzeba także podkreślić regulację § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, że jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy podkreślić należy, że sporną była kwestia możliwości wykazania braku podstawy wykluczenia przez podmiot trzeci Litostroj wyciągiem z czeskiej listy kwalifikowanych dostawców. W tym zakresie Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo przyjął, iż wpis na listę kwalifikowanych dostawców zastępuje informację z Krajowego Rejestru Karnego. Opierając się o brzmienie czeskich przepisów, wskazać należy za Odwołującym, że w przepisie § 74 czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz załączniku numer 3 do tejże ustawy, brak jest analogicznej przesłanki wykluczenia, jak przesłanka zawarta w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jak wskazano powyżej, § 76 ust. 1 zdanie drugie czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych reguluje brak możliwości skutecznego self-cleaningu w przypadku skazania*: Nie dotyczy to okresu, w którym uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia został prawomocnie skazany na zakaz wykonywania zamówień publicznych lub udziału w postępowaniu koncesyjnym*.”.

Inicjatywa dowodowa Odwołującego, przede wszystkim dotycząca informacji ze stron internetowych eCertis nie dowodziła tez stawianych przez Odwołującego z dwóch powodów: po pierwsze, sam wydruk tłumaczenia strony internetowej bez wskazania linka jej dostępności i oryginalnego brzmienia nie może być traktowany jako wiążący dokument, a po drugie brak literalnego wskazania zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w treści wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców (czy też w innym tłumaczeniu - listy zatwierdzonych podmiotów gospodarczych) wynikał z braku odpowiedniej przesłanki wykluczenia w ustawie czeskiej. Skoro tego rodzaju kara (zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego) nie została zastrzeżona jako przesłanka wykluczenia, to nie sposób oczekiwać, że dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wydawane na podstawie czeskich przepisów będą literalnie do niej referować. Nie oznacza to bynajmniej, że podmioty wobec których orzeczono tego rodzaju zakaz, będą mogły uczestniczyć w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – co wynika zarówno z przepisów dyrektywy klasycznej, jak i czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych, jednakże ich udział jest niedozwolony w innej konstrukcji prawnej, aniżeli przesłanka wykluczenia.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za skutecznym wykazaniem braku przesłanki wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt. 4 Pzp, jest doniosłość kwestii kwalifikacji czy też certyfikacji wykonawców. Instytucja ta nie funkcjonuje w polskich przepisach dotyczących udzielania zamówień publicznych, lecz jej celem jest wstępna kwalifikacja wykonawców i umożliwienie się im posługiwania certyfikatem zastępującym indywidualną ocenę czy to spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z § 226 czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych, kwalifikacja wykonawców ma na celu potwierdzenie ich kompetencji. Z kolei § 228 czeskiej ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych wskazuje, że wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców zastępuje dokument potwierdzający kwalifikacje zawodowe zgodnie z § 77 ww. ustawy w zakresie, w jakim dane zawarte w wyciągu z listy kwalifikowanych dostawców świadczą o spełnieniu kryteriów kwalifikacji zawodowych, oraz uprawnienia podstawowe zgodnie z § 74 ww. ustawy, zaś zamawiający jest obowiązany przyjąć taki wyciąg, jeżeli jest nie starszy niż 3 miesiące od ostatniego dnia, w którym mają zostać wykazane kompetencje podstawowe lub kompetencje zawodowe.

Tym samym twierdzenia Odwołującego o braku weryfikacji skazania na karę zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się także do twierdzenia, że wykonawca skazany na tego rodzaju karę mógłby zostać uznany za kwalifikowanego wykonawcę, co jest sprzeczne zarówno z przepisami czeskiej ustawy, jak również ideą certyfikacji wykonawców. W konsekwencji uznać należy, że brak skazania na karę zakazu ubiegania się o udzielenie

zamówienia publicznego został wykazany wpisem na listę kwalifikowanych dostawców.
W tym zakresie Izba oparła się zarówno o brzmienie ustawy z dnia 19 kwietnia 2016 roku numer 134/2016 w sprawie udzielania zamówień publicznych oraz czeskiej ustawy z dnia 27 października 2011 roku numer 418/2011 w sprawie odpowiedzialności osób prawnych i postępowań, których treść we fragmentach była przytaczana przez Strony i Uczestnika, jak również o przepisy innych ustaw z czeskiego porządku prawnego, wskazane w dołączonej do pisma Przystępującego prywatnej opinii z dnia 29 grudnia z 2023 r.
Izba – poza uwzględnieniem treści opinii w zakresie przytaczanego stanu prawnego w Czechach - nie oparła swojego stanowiska co do merytorycznej oceny zawartej w omawianej opinii, uznając że jako opinia prywatna nie może zastępować oceny dokonywanej przez Izbę w ramach orzekania o zasadności zarzutów, stąd też dowody przedstawiane przez Odwołującego, tj. wydruki z listy radców prawnych i adwokatów, wydruk ze strony internetowej kancelarii, wydruk z Linkedln pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, zaś co do raportu z weryfikacji podpisu opinii Izba uznała, że opinia prywatna stanowi oświadczenie własne osób, które złożyły pod nią podpis i z uwagi na brak jakichkolwiek przepisów co do formy, nie jest zasadne kwestionowanie ważności jednego z elektronicznych podpisów.
Odnosząc się z kolei do podniesionego z ostrożności argumentu, że nawet gdyby uznać, że wyciąg z listy kwalifikowanych dostawców jest dokumentem właściwym do wykazania braku podstawy do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, to dokument ten nie spełnia wymogu z art. 111 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym, wykluczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, następuje na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne, Izba wskazuje, że skoro kara zakazu jest orzekana na dany okres – od jednego roku do lat 20, zgodnie z art. 21 czeskiej ustawy z dnia 27 października 2011 roku numer 418/2011 w sprawie odpowiedzialności osób prawnych i postępowań przeciwko nim, to informacja o tym skazanie nie ulegnie zatarciu przez cały ten okres. Nawet jeśli treść wyciągu referuje do ostatnich 5 lat i braku skazań z tego okresu, jak już przytoczono powyżej nie sposób uznać, że jednostka certyfikująca wpisałaby na listę wykonawcę skazanego na tego rodzaju karę, bazując na informacji z rejestrów karnych z tego kraju.
W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 1 nie potwierdził się i oddaliła odwołanie w tym zakresie.
Zarzut nr 2 dotyczył naruszenia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca 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.
Zgodnie z ust. 3 przywołanego przepisu, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 111 pkt. 4 Pzp, wykluczenie następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Co istotne, w przypadku omawianej przesłanki, wykonawca może zastosować procedurę self-cleaning, opisaną w art. 110 Pzp.
Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie, nienależyte wykonanie czy długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.
Należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Co więcej, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

W okolicznościach sprawy, za bezsporne należy uznać, że Przystępujący realizował umowę zawartą z PGE GiEK S.A. pn. „Dostosowanie IOS 7,8 w Elektrowni Dolna Odra do wymagań konkluzji BAT w zakresie obniżenia emisji SO2 dla PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra". Jak wynika z raportu giełdowego bieżącego z dnia 21 kwietnia 2021 roku, PGE GiEK S.A. nałożyła na Remak karę umowną z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 1 600 000,00 złotych, zaś w dniu 12 maja 2021 roku – zamawiający odstąpił od umowy w części (raport giełdowy bieżący z dnia 12 maja 2021 roku). Następnie strony tejże umowy zawarły porozumienie, na mocy którego PGE GiEK S.A. cofnął oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a także żądanie zapłaty kary umownej w kwocie 1.600.000,00 zł (raport giełdowy bieżący z dnia 12 sierpnia 2021 r.) Okoliczności te wynikają z raportów giełdowych dołączonych do odwołania, jak również nie były przez Strony i Uczestnika kwestionowane.
W tym aspekcie Izba uznała, że Przystępujący, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy, a tym samym zarzut potwierdził się. Ważnym elementem dla tego rodzaju kwalifikacji była treść bieżących raportów giełdowych, zawierająca informacje o nałożonych karach umownych w znacznej wysokości, wynikającej z uchybienia terminowi i kolejno odstąpieniu w części od umowy przez zamawiającego – o ile sam element nałożenia kar umownych może być interpretowany różnie stosownie do okoliczności, o tyle odstąpienie o umowy w części, podjęte już po uprzednim nałożeniu kary umownej, stanowi o poważnym uchybieniu. Izba uznała, że wyczerpana została także przesłanka zaistnienia przyczyn leżących po stronie wykonawcy, z uwagi na uchybienie terminowi i wynikające z niego dalsze konsekwencje w postaci naliczenia kar oraz odstąpienia od umowy.
Takiej interpretacji nie stoi na przeszkodzie finalne zawarcie ugody przez strony, mocą której wynagrodzenie Przystępującego zostało obniżone do kwoty 6.900.000 zł netto, tj. o 1.100.000 zł netto w stosunku do pierwotnej. Izba podkreśla, że według raportu giełdowego opublikowanego przez samego Przystępującego zawarto określenie o wzajemnym zrzeczeniu się roszczeń, ale także cel i istotę ugody, która w tym przypadku o ile uregulowała oświadczenia stron w tym zakresie, o tyle nie doprowadziła do kontynuowania pierwotnie zerwanego kontraktu, czyniąc faktycznie skutecznym odstąpienia od umowy. Jednocześnie, wszystkie te zdarzenia miały miejsce w roku 2023, zatem mieszczą się w okresie wynikającym z art. 111 Pzp.
Izba nie dała wiary dokumentom złożonym przez Przystępującego, gdyż zarówno protokół odbioru, jak i referencje były sporządzone przed nałożeniem pierwszej kary umownej, a tym samym przed nieprawidłową realizacją umowy przez Przystępującego.

W zakresie pozostałych przytoczonych przez Odwołującego inwestycji, tj.:

1)„Zaprojektowanie i wykonanie robót w systemie „pod klucz" związanych z modernizacją EC-2 Polkowice pod kątem produkcji ciepła dla odbiorców zewnętrznych, jak i dostosowanie poziomu emisji spalin do dyrektywy IED i tzw. konkluzji BAT" na rzecz spółki Kofama Koźle S.A. w wysokości 1 850 000,00 złotych.
2)budowy nowego bloku energetycznego w Elektrowni Turów w wysokości 1 682 700,00 złotych (raport giełdowy bieżący z dnia 19 września 2018 roku);
3)„Zwiększenie wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych w MPEC Sp. z o.o. w Olsztynie poprzez budowę instalacji wykorzystującej biomasę" w wysokości 5 917 727,00 złotych (raport giełdowy bieżący z 30 czerwca 2020 roku);

Izba wskazuje, że tak jak zauważył sam Odwołujący, zdarzenia te miały miejsce w okresie wykraczającym poza okres wykluczenia wynikający z treści przepisu art. 111 pkt 4 Pzp.
Niezależnie zatem od twierdzeń Odwołującego o praktyce Przystępującego, wykluczeniu podlega wykonawca jedynie z tytułu okoliczności, jakie wystąpiły w ściśle określonym przepisami czasie. W konsekwencji Izba nie była władna uznać tej argumentacji Odwołującego za zasadną.
W takich okolicznościach Izba uznała, że Przystępujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.
Zarzut numer 3 dotyczył naruszenia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj. dotyczącej wykonawcy, 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. Odwołujący wskazał, że Remak przedstawił JEDZ, w którym oświadczył, że względem niego nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia z postępowania, a także nie złożył wyjaśnień w ramach procedury self-cleaningu, o której mowa w art. 110 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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 związku z powyższym, istotą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba wskazuje, że uwzględnienie zarzutu nr 2 winno skutkować także potwierdzeniem się przedmiotowego zarzutu. Wykonawca w treści JEDZ, w części dotyczącej odpowiedzi na pytanie w części III sekcja C *„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*?", zaznaczył odpowiedź „NIE", co jest niezgodne z rzeczywistością. Jak ustaliła powyżej Izba, Przystępujący był stroną umowy, która została rozwiązana przed czasem i w której zostało nałożone odszkodowanie, stanowiące mocą ostatecznego porozumienia, ostateczne rozliczenie wzajemnych roszczeń stron.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: *„(…) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji*." – tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., XXIII Zs 12/23. Nie ulega wątpliwości, że Przystępujący zaznaczając odpowiedź „NIE", na przytoczone powyżej pytanie w JEDZ, wprowadził Zamawiającego w błąd i jednocześnie zataił informacje o umowie zawartej z PGE GiEK S.A. pn. „Dostosowanie IOS 7,8 w Elektrowni Dolna Odra do wymagań konkluzji BAT w zakresie obniżenia emisji SO2 dla PGE GiEK S.A. Oddział Zespó Elektrowni Dolna Odra". Brak jednoznacznego stanowiska w toku postępowania odwoławczego, jak również okoliczności złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie, Izba poczytała jako rażące niedbalstwo, stanowiące jeden z elementów przesłanki wykluczenia. Trudno uznać stanowisko przeciwne, że profesjonalny wykonawca, działający w obszarze zamówień publicznych, wypełniał JEDZ bez świadomości o zakończeniu jednego z kontraktu w sposób wypełniający przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i biorąc pod uwagę także zarzut nr 2, nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego oraz odrzucenie jest oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 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).

Wobec uwzględnienia odwołania co do dwóch zarzutów i oddalenia jednego z nich, Izba rozdzieliła stosunkowo wpis oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia zgodnie z wnioskiem i przedłożonymi rachunkami. Izba pominęła fakturę proforma z tytułu noclegu, uznając, że stanowi to wydatek pełnomocnika, który wraz z wynagrodzeniem nie może przekroczyć kwoty 3.600 zł (§ 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia). Izba zatem zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu od odwołania, kwoty po 3.600 zł tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz w przypadku Zamawiającego kwotę 1,086,49 zł tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..
.....
.....