

WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego PORR S.A. w Warszawie, PORR Bau GmbH w Wiedniu i Trakcja System Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Budimex S.A. w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. w Ankarze i Gülermak Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego PORR S.A. w Warszawie, PORR Bau GmbH w Wiedniu i Trakcja System Sp. z o.o. we Wrocławiu zalicza na poczet kosztów kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-405 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa - bocznica Kłęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Kłęczany - Nowy Sącz”, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 27 grudnia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniosło konsorcjum PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, PORR Bau GmbH ul. Absberggasse 47, 1100 Wiedeń i Trakcja System Sp z o.o. Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław, dalej zwane „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i c) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP oraz w zw. z art. 110 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex choć wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania, z uwagi na to, że członkowie konsorcjum, tj. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. („Gülermak TR”) oraz Gülermak sp. z o.o. („Gülermak PL”) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a przedstawione przez Konsorcjum Budimex dowody rzetelności nie spełniają przesłanek opisanych art. 110 ust. 2 PZP i nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum Budimex z postępowania oraz poprzez błędne przyjęcie, że informacje przedstawione przez Konsorcjum Budimex po 31 października 2023 r. i opisywane w nich czynności mogą być brane pod uwagę jako spełniające warunki skutecznego samooczyszczenia, podczas gdy nie wynika z nich, jakoby zostały podjęte w odpowiednim czasie i czyniły zadość określonym w ww.

przepisach wymogom, co skutkowało nieprawidłową ponowną oceną ofert przez Zamawiającego polegającą na uznaniu, że Konsorcjum Budimex nie podlega wykluczeniu, a oferta nie podlega odrzuceniu,

2.art. 253 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechania podania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 grudnia 2023 r., uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Budimex, a tym samym podjęcie czynności w Postępowaniu z naruszeniem zasady przejrzystości jego prowadzenia i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 grudnia 2023 r., za którą uznano ofertę złożoną przez Budimex S.A. w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. w Ankarze i Gülermak Sp. z o.o. w Warszawie (dalej zwanych także jako „Konsorcjum Budimex”), wykluczenia Konsorcjum Budimex i odrzucenie tej oferty z uwagi na to, że zachodzi podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., a przedstawione przez Konsorcjum Budimex dowody rzetelności nie spełniają przesłanek opisanych art. 110 ust. 2 p.z.p. i nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum Budimex z postępowania. Wniesiono także o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Budimex oraz dokonanie ponownej oceny oferty tego wykonawcy wraz z przedstawieniem wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanych czynności. Ponadto, wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania i dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie oraz z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23 w celu wykazania okoliczności szczegółowo opisanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał, co następuje.

Konsorcjum Budimex złożyło w postępowaniu ofertę w dniu 6 września 2023 r., wraz z nią złożono oświadczenia JEDZ dla wszystkich konsorcjantów (dla każdego z osobna) w JEDZ (Cześć III: Podstawy wykluczenia: sekcja C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) 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? - udzielił odpowiedzi przeczącej (NIE) to jest, że w ich przypadku żadna z umów o zamówienie publiczne nie została rozwiązana przed czasem oraz że w ramach takiej umowy nie zostało nałożone na tego wykonawcę odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje.

W dniu 6 października 2023 r. Gülermak TR oraz Gülermak PL w oświadczeniu o aktualności informacji podanych w JEDZ potwierdzili, że informacje w ww. zakresie pozostają aktualne. Jednocześnie, Gülermak TR oraz Gülermak PL, odpowiednio w dniu 19 września 2023 r. oraz w dniu 3 października 2023 r., otrzymały informację o nałożeniu na tych wykonawców kar umownych w związku z nienależytym wykonaniem obowiązków wynikających z trzech różnych umów o wykonanie zamówienia publicznego:

- a) umowy z dnia z 9 listopada 2018 r. zawartej pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A.;
- b) umowy z dnia 15 listopada 2018 r. zawartej pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A.;
- c) umowy z dnia 28 września 2018 r. zawartej pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A.;

Pomimo posiadania wiedzy o pojawieniu się potencjalnej podstawy do wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a co za tym idzie, obowiązku zawarcia odpowiedniej informacji na ten temat w oświadczeniu o aktualności informacji z JEDZ, Gülermak TR oraz Gülermak PL złożyli w dniu 6 października 2023 r. oświadczenie, w którym potwierdzili aktualność informacji zawartych w JEDZ złożonych wraz z ofertą, tj. że nie zachodzą wobec nich żadne z okoliczności mogących skutkować podstawą wykluczenia opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

W dniu 31 października 2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej, publikując swoją decyzję na platformie zakupowej w dniu 31 października 2023 r. o godz. 14:47. Tego samego dnia, późnym wieczorem, Konsorcjum Budimex poinformowało zamawiającego m.in. o naliczonych karach umownych, o których mowa w pkt 1.4, składając następujące dokumenty:

- (1) pismo przewodnie Budimex z 31.10.2023 r. (bez podpisu);
- (2) dokument oznaczony jako Procedura do SF FINAL (pismo datowane na 27.10.2023 r. podpisany 31.10.2023 r. o godz.

22:41);

- (3) noty księgowe potwierdzające naliczenie kar umownych (załącznik 1 i załącznik 2);
- (4) zaktualizowany JEDZ Gülermak TR wraz z załącznikiem (załącznik do JEDZ GLP datowany na 30.10.2023 r. podpisany 31.10.2023 r. o godz. 22:29);
- (5) zaktualizowany JEDZ Gülermak PL wraz z załącznikiem (załącznik do JEDZ GLT datowany na 30.10.2023 podpisany 31.10.2023 r. o godz. 22:28).

W zaktualizowanych oświadczeniach JEDZ, Gülermak TR i Gülermak PL potwierdziły, że znajdowały się w sytuacji, w której doszło wobec nich do wcześniejszego rozwiązania umowy, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, ale jednocześnie stwierdziły, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a informację o zaistniałych okolicznościach przekazują jedynie z ostrożności. Tym samym, podmioty te nie przystąpiły do samooczyszczenia w zakresie tej przesłanki wykluczenia. Jednocześnie, na pytanie, czy wykonawca był winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów, zarówno Gülermak TR i Gülermak PL odpowiedziały twierdząco (TAK). W piśmie Procedura do SF FINAL wskazały co następuje: „Jednocześnie Gülermak TR oraz Gülermak PL, już teraz, akceptując, że Wykonawca w Oświadczeniu był zobowiązany nie do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, ale także ewentualnego wskazania informacji o karach umownych, co może być postrzegane jako wprowadzenie w błąd, informuje Zamawiającego o rozpoczęciu, zgodnie z przepisami Pzp, stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości. Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”.

W dniu 10 listopada 2023 r. w postępowaniu zostały złożone trzy odwołania: odwołanie konsorcjum: (1) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. (lider konsorcjum) (2) Stecol Corporation (członek konsorcjum) - KIO 3376/23 (dalej także jako „Odwołanie Intercor”); odwołanie odwołującego - KIO 3388/23 (dalej także jako „I Odwołanie PORR”); odwołanie Konsorcjum Budimex - KIO 3390/23 (dalej także jako „Odwołanie Konsorcjum Budimex”). Przy czym zarzuty odwołujących w odwołaniach w sprawach o sygn. akt KIO 3376/23 i KIO 3388/23 zmierzały m.in. do wykluczenia Konsorcjum Budimex z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP. Odwołania o sygn. akt KIO 3388/23 oraz KIO 3390/23 zostały częściowo uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 4 grudnia 2023 r. (doręczonym odwołującemu w dniu 22 grudnia 2023 r.). Odwołanie Konsorcjum Budimex zostało w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. (dalej także jako „Wyrok KIO”) nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 r. oraz ponowną ocenę i badanie ofert. Zamawiający, nie czekając na doręczenie pisemnego uzasadnienia wyroku dokonał ponownej oceny ofert z uwzględnieniem pism złożonych przez Konsorcjum Budimex 31 października 2023 r., ale także po tej dacie, dokonując w dniu 13 grudnia 2023 r. ponownego wyboru oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu czynności wyboru wskazano, że: „Zamawiający wykonując dyspozycje Krajowej Izby Odwoławczej pismem o nr ref.: PZ.293.644.2023.63 dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w celu przeprowadzenia badania dokumentów Wykonawcy Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. /Gülermak Sp. z o.o. złożonych po pierwotnym terminie wyboru oferty tj. począwszy od 31 października 2023 r. Konieczność ponownego badania dokumentów Wykonawcy Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. /Gülermak Sp. z o.o. dotyczyła pism otrzymanych: (1) dnia 1 listopada 2023 r. (ADHW/070/2023), (2) dnia 03 listopada 2023 r. (bez numeru, pismo podpisane w dniu 30 października), (3) dnia 6 listopada 2023 r. (ADHW/072/2023). Dodatkowo, Wykonawca Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S./Gülermak Sp. z o.o. w dniach 01 grudnia 2023 r. (4) oraz 05 grudnia 2023 r. (5) złożył kolejne pisma (bez numerów) o naliczeniu kolejnych kar umownych, oraz dnia 11.12.2023 r. (6) przekazał następne pismo (bez numeru) z informacją o dowodach dotyczących samooczyszczenia u Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. i Gülermak Sp. z o.o., niniejsze dokumenty są powieleniem informacji, które Wykonawca Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. /Gülermak Sp. z o.o. złożył jako załącznik do stanowiska procesowego Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w ramach postępowania o sygn. akt KIO 3388/23.”.

W zakresie szczegółowego uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołujący podniósł, że Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. z uwagi na to, że jego członkowie, tj. Gülermak TR oraz Gülermak PL, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd nie przedstawiając zamawiającemu wraz ze złożeniem oferty informacji o nałożonych na nich karach umownych oraz informując zamawiającego o tych okolicznościach dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 31 października 2023 r., co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Jednocześnie, choć Konsorcjum Budimex przedstawiło w tym dniu dokument, który sam wykonawca traktował jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dokument oznaczony jako Procedura do SF FINAL), to

Konsorcjum Budimex nie przedstawiło w dniu 31 października 2023 r. dowodów na przeprowadzenie skutecznego samooczyszczenia w kontekście przedmiotowej przesłanki.

Okoliczność podlegania przez Konsorcjum Budimex wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. nie jest kwestionowana przez tego wykonawcę, a w szczególności przez członków konsorcjum Gülermak TR oraz Gülermak PL. Jak wspomniano powyżej, w dniu 31 października 2023 r. Gülermak TR oraz Gülermak PL przekazali zamawiającemu zmodyfikowane oświadczenia JEDZ, w których potwierdzili, iż znajdują się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. – w sekcji III. Podstawy wykluczenia, lit. C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowym na pytanie: winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania zarówno Gülermak PL jak i Gülermak TR udzielili odpowiedzi twierdzącej (TAK). Co więcej, w tym samym dniu poinformowali również zamawiającego o podejmowanych działaniach, o których mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p. (procedura samooczyszczenia). Samooczyszczenie nie byłoby przy tym konieczne, gdyby wobec Gülermak TR oraz Gülermak PL nie znajdowała zastosowania przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Samo przystąpienie do tej procedury i działania podjęte przez te podmioty wskazują zatem, że nawet w ich ocenie, wypełniają one przesłanki, o których mowa w tym przepisie. W oświadczenia JEDZ Gülermak TR oraz Gülermak PL wskazały na występowanie okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., stwierdzając jednak jednocześnie, że przesłanka ta nie ma wobec nich zastosowania i nie realizując działań o charakterze samooczyszczenia w tym zakresie.

Odwołujący dodał, że poza zmodyfikowanymi oświadczeniami JEDZ, dodatkowym potwierdzeniem, że Konsorcjum Budimex przyznało się do przekazania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (a więc występowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p.) jest również stanowisko procesowe Konsorcjum Budimex prezentowane w sprawie KIO 3388/23 – zawarte w piśmie procesowym datowanym na dzień 27 listopada 2023 r. (podpisany 26 listopada 2023 r.) Co więcej, w dokumencie oznaczonym jako Procedura do SF FINAL Konsorcjum Budimex potwierdziło i przyznało, że przekazanie przez niego informacji o zdarzeniach związanych z nienależytym wykonaniem umów oraz nałożeniem kar umownych mogą być kwalifikowane jako podstawa wykluczenia: Jednocześnie zaś Gülermak TR oraz Gülermak PL, już teraz, akceptując, że wykonawca w oświadczeniu był zobowiązany nie do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, ale także ewentualnego wskazania informacji o karach umownych, co może być postrzegane jako wprowadzenie w błąd, informuje zamawiającego o rozpoczęciu, zgodnie z przepisami p.z.p., stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości. Zdaniem odwołującego niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 p.z.p.

Odwołujący dalej stwierdził, że jednocześnie Konsorcjum Budimex poinformowało o: „rozpoczęciu, zgodnie z przepisami Pzp, stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości” oraz zaznaczył, że pismo (wyjaśnienia) należy traktować jako samooczyszczenie w rozumieniu art. 110 ust. 2 p.z.p. Jak wynika z treści pisma, samooczyszczenie, miałoby dotyczyć wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Z powyższego dla odwołującego wynika, że, po pierwsze, Konsorcjum Budimex miało świadomość i przyznało, że jego działanie związane z niepoinformowaniem zamawiającego, z stosownym wyprzedzeniem i należyłą starannością, o okolicznościach mogących stanowić podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., należy kwalifikować jako wprowadzenie zamawiającego w błąd – co najmniej jako zachowanie noszące znamiona działania w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa i przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt. 10 p.z.p.).

Po drugie, w opinii odwołującego Konsorcjum Budimex w piśmie pn. Procedura do SF FINAL próbuje dokonać samooczyszczenia stwierdzając, że: „Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.”. Jeżeli zatem wykonawca próbuje dokonać samooczyszczenia (w ocenie odwołującego nieskutecznie), to również przyznaje w ten sposób, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p., a więc zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia – procedura opisana w art. 110 ust. 2 p.z.p. (samooczyszczenie) ma bowiem zastosowanie do wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia. W szczególności, że jednym z warunków umożliwiających zainicjowanie procedury samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę, iż podlega on wykluczeniu. Nie ulega zatem wątpliwości odwołującego, że Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., i jedyną kwestią do rozpatrzenia przez zamawiającego w tym zakresie, w ramach ponownej oceny ofert nakazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 4 grudnia 2023 r., jest weryfikacja czy wykonawca ten przeprowadził procedurę samooczyszczenia, która mogłaby zostać uznana za skuteczną w postępowaniu (art. 110 ust. 2 p.z.p.).

Dalej odwołujący argumentował, że po pierwszym wyborze oferty Konsorcjum Budimex zarówno Konsorcjum Intercor (KIO 3376/23) jak i odwołujący (KIO 3388/23) podnosili zarzuty dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd

oraz zarzuty dotyczące samooczyszczenia Konsorcjum Budimex. W momencie podejmowania I decyzji (z dnia 31.10.2023 r.) o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający nie posiadał wiedzy, iż wobec Konsorcjum Budimex zachodzą okoliczności, które mogą stanowić podstawę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (w związku z karami umownymi nałożonymi na Gülermak PL i Gülermak TR). Zamawiający powiązał wiedzę o takich okolicznościach dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła się w wyroku z 4 grudnia 2023 r. do tego zagadnienia wskazując, że to nie rolą Izby na tym etapie postępowania odwoławczego jest ocena czy Budimex złożył dokumenty w terminie, oraz czy *self-cleaning* został przeprowadzony w sposób skuteczny. Obowiązek ten obciąża bowiem zamawiającego, którego to spełnienia zaniechał (str. 60 uzasadnienia wyroku KIO z 4 grudnia 2023 r. KIO 3374/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23). Jak również wynika z wyroku Izby z 4 grudnia 2023 r. oraz okoliczności sprawy, na potrzeby ponownej oceny ofert w zakresie ewentualnego samooczyszczenia członków Konsorcjum Budimex, tj. Gülermak TR i Gülermak PL, zamawiający powinien był uwzględnić wyłącznie czynności i dowody przedstawione przez Konsorcjum Budimex w dniu 31 października 2023 r. Wynika to wprost z sentencji, ale także z okoliczności sprawy i uzasadnienia wyroku Izby w odniesieniu do odwołania w sprawie o sygnaturze KIO 3376/23 oraz KIO 3388/23. Warto przy tym wskazać, że w ramach toczących się postępowań odwoławczych Konsorcjum Budimex przedstawiało późniejsze pisma i dowody mające wskazywać na przeprowadzenie skutecznego samooczyszczenia. Zostały one również przekazane zamawiającemu, co znalazło odzwierciedlenie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13 grudnia 2023 r. Innymi słowy, Krajowa Izba Odwoławcza, nakazując zamawiającemu w wyroku z 4 grudnia 2023 r. ponowną ocenę ofert i badanie dokumentów złożonych przez Konsorcjum Budimex w dniu 31 października 2023 r., miała świadomość, iż nie są to jedyne dokumenty składane przez Konsorcjum Budimex w sprawie, i że istnieją również późniejsze pisma kierowane do zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył także, iż w odniesieniu do wykonawcy Konsorcjum Intercor/Stecol Izba wskazała, że „rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18). (...) W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. (...) Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy odwoławczej, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu najpóźniejszy okres, w którym odwołujący Stecol mógł złożyć - w świetle wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. - dokumenty dotyczące *self-cleaningu*, był dzień 31 sierpnia 2023 r., a więc dzień, w którym wykonawca ten dowiedział się o wniesieniu odwołania przez Budimex w postępowaniu odwoławczym, które zakończyło się wyrokiem KIO wydanym w dniu 26 września 2023 r.". Zatem najpóźniej w tym dniu wykonawca Intercor/Stecol powinien był bowiem zorientować się, że nie przedstawiając zamawiającemu kompletnych informacji o swojej sytuacji podmiotowej wprowadza go w błąd i podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Tej konstatacji powinno towarzyszyć ewentualne skorzystanie z prawa do samooczyszczenia.

Przekładając powyższe wytyczne wynikające z wyroku KIO na sytuację Konsorcjum Budimex, zdaniem odwołującego należy stwierdzić, iż powinno ono złożyć kompletną informację o przeprowadzonych środkach naprawczych w ramach samooczyszczenia z art. 110 ust. 2 p.z.p. najpóźniej 31 października 2023 r., czyli najpóźniej w dniu, w którym wykonawca ten przyznał się do podlegania wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. składając jednocześnie nowy, zmodyfikowany JEDZ. Ewentualne późniejsze działania i dalsze czynności realizowane w ramach samooczyszczenia mogą być rozpatrywane w przyszłych postępowaniach, ale nie mają znaczenia dla postępowania i nie powinny zostać uwzględnione w ramach ponownej oceny ofert zakończonej przez zamawiającego w dniu 13 grudnia 2023 r.

Jak wskazuje Izba w wyroku z 4 grudnia 2023 r. (w odniesieniu do wykonawcy Stecol, co jednak ma również przełożenie na Konsorcjum Budimex), „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i stanowi uporządkowany ciąg czynności (art. 7 pkt 18 Pzp). Umożliwienie Stecol Corporation, a w konsekwencji Odwołującemu Stecol przedstawienia samooczyszczenia na każdym jego etapie (...) pomimo świadomości Konsorcjum Intercor co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania pierwotnego JEDZa, niewątpliwie prowadziłoby do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców.". W opinii odwołującego, w przypadku Konsorcjum Budimex sytuacja jest jeszcze bardziej jednoznaczna. To bowiem w wyniku naruszeń tego wykonawcy i jego własnych zaniedbań (brak niezwłocznego przekazania zamawiającemu informacji o nałożonych na członków konsorcjum, Gülermak TR oraz Gülermak PL, karach umownych, mimo że otrzymali oni informację o karach odpowiednio w dniach 19 września

i 3 października 2023 r.) doszło do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 października 2023 r. i ponownej oceny ofert.

Najpóźniej 31 października 2023 r. Konsorcjum Budimex było zatem świadome, że podlega wykluczeniu z postępowania, co determinuje konieczność przedstawienia zamawiającemu kompletnego samooczcyszczenia (jeśli wykonawca zamierza skorzystać z tego prawa). Gdyby zatem w ramach ponownej oceny ofert uwzględnione zostałyby nie tylko dokumenty i dowody przekazane przez Konsorcjum Budimex w dniu 31 października 2023 r., ale także dokumenty późniejsze, to w sposób rażący doszłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Konsorcjum Budimex czerpałoby bowiem nieuzasadnione korzyści ze swojego własnego zaniedbania polegające na dysponowaniu dodatkowym czasem na przedstawienie dowodów na przeprowadzenie procedury samooczcyszczenia (w pewnym sensie taki stan ma już miejsce w momencie, w którym oceniane jest pismo Konsorcjum Budimex z 31 października 2023 r., chociaż zostało ono złożone po opublikowaniu przez zamawiającego pierwotnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Co więcej, w okolicznościach sprawy zamawiający mógłby dowolnie ograniczać lub wydłużać (w zależności od swoich własnych preferencji) czas dostępny Konsorcjum Budimex na przeprowadzenie samooczcyszczenia, np. poprzez przystąpienie do ponownej oceny ofert dopiero w momencie, kiedy otrzymałby w swoim mniemaniu wystarczające dowody na skuteczne samooczcyszczenie. Prowadziłoby to ewidentnie do zaburzenia ciągu czynności, o którym wspomina Izba w wyroku z 4 grudnia 2023 r. i naruszenia podstawowych zasad postępowania. Oznaczałoby to również, że ryzyko i konsekwencje działań wykonawców polegających na podaniu w postępowaniu nieprawdziwych lub niekompletnych informacji obciążałoby wyłączenie zamawiającego (a nie podmioty odpowiedzialne za takie naruszenie). A w skrajnych przypadkach zamawiający nie byłby bowiem w stanie zakończyć postępowania, np. podejmując decyzję o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania, ponieważ wykonawca ten mógłby w nieskończoność przedstawiać kolejne dowody na samooczcyszczenie (lub ulepszone samooczcyszczenie). Z tych samych przyczyn do instytucji samooczcyszczenia nie znajdują zastosowania przepisy umożliwiające wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów (por. wyrok KIO 1851/17).

Jak podkreślił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE” lub „Trybunał”) obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, która zawiera samą istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (TSUE z dnia 3 czerwca 2021 r., C-210/20, pkt 43, por. również TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14 oraz TSUE z dnia 11 maja 2017 r., C-131/16). Tym samym, nawet jeśli w wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, wobec przedstawienia przez Konsorcjum Budimex nowych informacji istotnych z punktu widzenia jego sytuacji podmiotowej, o konieczności dokonania ponownej oceny ofert, to ocena ta powinna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem powyższych wytycznych wynikających z zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2023 r., jedynie stan faktyczny wynikający z pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. może zostać ewentualnie uwzględniony na potrzeby oceny działań naprawczych podjętych przez Gülermak TR i Gülermak PL w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., bo to w nim Konsorcjum Budimex przyznało nowe okoliczności i poinformowało o środkach naprawczych mających na celu przywrócenie swojej wiarygodności. Kiedy zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13 grudnia 2023 r., Zamawiający, w ramach ponownej oceny ofert, uwzględnił i badał pisma Konsorcjum Budimex z 31 października, 1 listopada, 3 listopada, 6 listopada, 1 grudnia, 5 grudnia i 11 grudnia. Jak stwierdza Zamawiający w informacji o wyborze: „Zamawiający wykonując dyspozycje Krajowej Izby Odwoławczej pismem o nr ref.: PZ.293.644.2023.63 dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w celu przeprowadzenia badania dokumentów Wykonawcy Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S./Gülermak Sp. z o.o. złożonych po pierwotnym terminie wyboru oferty tj. poczynawszy od 31 października 2023 r.”.

Odwołujący podnosił dalej, iż z sentencji wyroku KIO (pkt 1 i 3) wynika jednoznacznie, że Izba nakazała badanie dokumentów, ale złożonych wyłącznie „w dniu 31 października 2023 r.”, a nie po tej dacie, w szczególności, że Izbie znane były inne dokumenty złożone przez Konsorcjum Budimex (np. dokumenty z 6 listopada 2023 r.) np. informacja dot.: obiegu informacji w spółkach z grupy Gülermak, w tym osób odpowiedzialnych za przygotowywanie dokumentów na potrzeby polskich zamówień publicznych oraz wyznaczonych do gromadzenia odpowiednich danych (pismo datowane na 3 listopada 2023 r., podpisane 6 listopada 2023 r.) czy procedura obiegu informacji – pismo datowane na 31 października 2023 r., podpisane 6 listopada 2023 r.). Zamawiający załączył je jako załączniki do odwołania z 27 listopada 2023 r. w sprawie KIO 3388/23). Z kolei do pisma procesowego Konsorcjum Budimex z 27 października 2023 r. do

sprawy KIO 3388/23 załączony został protokół ze szkolenia z 16 listopada 2023 r.

Z informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wynika jednak, w jakim zakresie przedmiotowe badanie dokumentów zostało przeprowadzone. O ile jednak dokumenty te mogły być badane przez zamawiającego w kontekście potwierdzenia, czy wobec Konsorcjum Budimex zachodzą przesłanki wykluczenia, w szczególności przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (zamawiający może weryfikować podstawy do wykluczenia wykonawcy w dowolnym momencie postępowania, zwłaszcza jeżeli pojawiają się nowe informacje istotne dla oceny rzetelności wykonawcy), o tyle samooczyszczenie jest uprawnieniem wykonawcy, z którego może on skorzystać jedynie w taki sposób, który nie będzie prowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w danym postępowaniu (z uwzględnieniem konkretnych okoliczności faktycznych). Nawet zatem jeśli próbować dowodzić, że co do zasady wykonawca ma możliwość przedstawiania zamawiającemu środków dotyczących mechanizmu samooczyszczenia do czasu podjęcia decyzji kończącej postępowanie – czyli najczęściej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (w ramach której mieszczą się również decyzje o wykluczeniu z postępowania), to przedstawienie dowodów na samooczyszczenie w terminie późniejszym niż wraz z oświadczeniem JEDZ (tu zmodyfikowanym JEDZ) może być dopuszczone tylko w wyjątkowych okolicznościach to uzasadniających. Taką okolicznością nie jest z całą pewnością sytuacja, w której mamy do czynienia z ponowną oceną ofert wymuszoną nierzetelnym postępowaniem Konsorcjum Budimex.

Nie ulega także wątpliwości odwołującego, że Konsorcjum Budimex nie dochowało należytej staranności i nie przekazało zamawiającemu niezbędnych informacji w wymaganym terminie (wraz z ofertą lub niezwłocznie po powzięciu informacji o wystąpieniu podstaw wykluczenia). Uczyniło to dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że czynność tę zamawiający podjął pozostając w błędzie. Stąd wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nakazujący powtórzenie tej czynności. Przede wszystkim, trzeba w tym kontekście przypomnieć, że modyfikacja oświadczeń JEDZ Gülermak TR i Gülermak PL złożonych 31 października 2023 r. nie była spowodowana okolicznościami (nałożeniem kar umownych) zaistniałymi tego dnia lub bezpośrednio przed tą datą. Fakt, że Gülermak TR oraz Gülermak PL nie przekazało stosownych informacji Budimex lub bezpośrednio Zamawiającemu niezwłocznie po ich wystąpieniu, tj. 19 września i 3 października 2023 r., nie ma znaczenia, bo fakt ten obciąża wyłącznie członków Konsorcjum Budimex. W ocenie odwołującego wszystko to sprawia, że w okolicznościach dotyczących postępowania, jedynym możliwym do zaakceptowania podejściem w kontekście zasad równego traktowania, przejrzystości i lojalności oraz wyroku z 4 grudnia 2023 r. jest takie, które dopuszcza uwzględnienie w ocenie oferty wyłącznie stanu faktycznego z 31 października 2023 r.

Co także zdaniem odwołującego istotne, pismo Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. stanowi jedynie zapowiedź podjęcia środków naprawczych i nie może przesądzać o skutecznym samooczyszczeniu. Dokument Procedura do SF Final nie zawiera opisu środków naprawczych, które faktycznie zostały wdrożone na dzień 31 października 2023 r., a jedynie wskazuje na plany i zamierzenia w zakresie wprowadzenia (poprawy) systemu obiegu informacji i raportowania zdarzeń, które mają miejsce w ramach obecnie realizowanych przez te podmioty umowach. Najlepszym dowodem na to, że na dzień 31 października 2023 r. Konsorcjum nie przedstawiło zamawiającemu dowodów na przeprowadzenie skutecznego samooczyszczenia jest uzupełnianie tego dokumentu przez wykonawcę w kolejnych pismach przekazywanych zamawiającemu po tym terminie.

Odwołujący dodał, że nawet gdyby uznać merytoryczną ocenę dokumentów złożonych po dniu 31 października 2023 r. była zasada, to należałoby stwierdzić, że Konsorcjum Budimex nie udowodniło, że podjęte przez jego członków działania naprawcze były skuteczne i wystarczające na potrzeby postępowania. Jednym z niezbędnych elementów skutecznego samooczyszczenia jest naprawienie szkody spowodowanej działaniem wykonawcy. Innymi słowy, taki wykonawca musi usunąć skutki zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia. W tym postępowaniu zdarzeniem stanowiącym podstawę wykluczenia jest przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.). Immanentną cechą charakterystyczną działania polegającego na przekazaniu informacji wprowadzających w błąd jest to, że wywiera ono skutki jedynie w postępowaniu, w którym takie informacje są przekazywane. Niemniej w sytuacji, w której zamawiający, opierając się na informacjach przekazanych mu przez wykonawcę, dokonuje już jakichś czynności (tu decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty) to – wobec skonsumowania tej czynności – nie ma już możliwości usunięcia skutku naruszenia w postaci wprowadzenia lub potencjalnego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie zmienia tego ewentualna ponowna ocena ofert, ponieważ do wprowadzenia w błąd doszło, w sposób nieodwracalny, na wcześniejszym etapie postępowania, a jego skutkiem jest właśnie konieczność unieważnienia czynności i ponownej oceny ofert.

Tym samym, w stanie faktycznym postępowania, jeden z podstawowych i niezbędnych elementów samooczyszczenia, nie może zostać zrealizowany. To samo dotyczy pozostałych działań – mogą one potencjalnie wywierać realny skutek w przyszłych postępowaniach, ale w postępowaniu spóźnione przedstawienie informacji o karach umownych miało już miejsce, podjęte środki naprawcze im zatem nie zapobiegają i nie przywracają wstecznie

rzetelności utraconej w postępowaniu przez Konsorcjum Budimex. W kontekście postępowania, można również mieć wątpliwości co do wiarygodności podjętych działań, skoro *de facto* zostały przeprowadzone na potrzeby spodziewanego lub toczącego się postępowania odwoławczego.

Odnosząc się natomiast do dokumentu złożonego i podpisanego 31 października 2023 r. pn. „Procedura do SF FINAL” odwołujący zaznaczył również, że nie można czynności opisanych w tym dokumencie kwalifikować jako „samooczyszczenia” w rozumieniu art. 110 ust. 2 p.z.p. – w konsekwencji nie można uznać, że wykonawca dokonał skutecznego samooczyszczenia lub, że na podstawie tak sformułowanego dokumenty zamawiający mógł uznać, zgodnie z art. 110 ust. 3 p.z.p., że pomimo występowania podstaw wykluczenia samooczyszczenie zostało przeprowadzone skutecznie, a Konsorcjum Budimex nie powinno podlegać wykluczeniu. Konsorcjum określa informacje zawarte w dokumencie „Procedura SF FINAL” jako działania zmierzające do wykazania rzetelności oraz stwierdza, że: „Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące na obecnym etapie przesłanki art. 110 ust. 2 Pzp.”. Kiedy podkreślenia wymaga, że w samooczyszczeniu nie przedstawiono żadnych konkretnych działań Konsorcjum Budimex, które mogłyby wskazywać na to, że wykonawca wykazał swoją rzetelność. Konsorcjum nie opisuje działań, które faktycznie zostały podjęte w celu uniknięcia w przyszłości podobnych zdarzeń, które mogą być kwalifikowane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd, ale wskazuje, że takie działania są dopiero planowane i zamierza je podjąć. Rzekome „działania” podjęte przez Konsorcjum Budimex w celu samooczyszczenia nie stanowią opisu faktycznie zrealizowanych działań, ale opis działań planowanych i niepewnych.

Przedstawiony dokument nie spełnia zatem podstawowych wymagań określonych w art. 110 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którymi wymaga się, aby działania były faktycznie podjęte, tj. aby wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które zapobiegają występowaniu nieprawidłowości w przyszłości. Czynności te muszą zostać faktycznie dokonane, a nie dopiero planowane (np. wykonawca ma wykazać, że zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów). Trudno zatem uznać, że działania, których podjęcie dopiero planowało Konsorcjum Budimex są przejawem świadomej chęci poprawy sposobu działania i wykazania jego rzetelności. Sama procedura samooczyszczenia wymagała bowiem podjęcia (a nie planowania podjęcia) konkretnych, adekwatnych działań naprawczych, które mają eliminować lub co najmniej ograniczyć ryzyko wystąpienia uchybień w przyszłości.

Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego należy stwierdzić, że choć Konsorcjum Budimex przyznało, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia dotycząca wprowadzenia zamawiającego w błąd i próbowało wykazać podjęte działania naprawcze, to faktycznie na moment przedstawienia samooczyszczenia (31.10.2023 r.) żadnych działań jeszcze nie podjęło, a tym bardziej nie było w stanie ich wykazać. Zatem należy uznać, że pomimo podjętej próby Konsorcjum nie przeprowadziło skutecznego samooczyszczenia w ramach postępowania.

Odwołujący podsumował: Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, powinien ocenić, czy członkowie Konsorcjum Budimex - Gülermak TR i Gülermak PL, przeprowadzili skuteczną w postępowaniu procedurę samooczyszczenia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, uwzględnieniu w tym zakresie i ewentualnej ocenie podlegają jednak tylko dokumenty przedstawione przez Konsorcjum Budimex dnia 31 października 2023 r., które stanowią jedynie promesę samooczyszczenia, a nie samooczyszczenie. Pozostałe dokumenty nie powinny być w tym kontekście brane pod uwagę. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że dokumenty te również powinny zostać uwzględnione, to ich ocena była nieprawidłowa, przedstawione samooczyszczenie nie spełnia jednego z elementów koniecznych, czyli wyeliminowania negatywnych skutków naruszenia stanowiącego podstawę wykluczenia. Ten skutek może być wyeliminowany na przyszłość, a raczej nie będzie zachodził w przyszłych postępowaniach, ale w postępowaniu nie może zostać usunięty (naprawiony).

W szczegółowym uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 grudnia 2023 r. nie spełnia wymogów art. 253 ust. 1 p.z.p. Zamawiający ograniczył się bowiem do wskazania pism Konsorcjum Budimex, które rzekomo badał w ramach ponownej oceny ofert tj.: z dnia 1 listopada 2023 r. (ADHW/070/2023), z dnia 03 listopada 2023 r. (bez numeru, pismo podpisane w dniu 30 października), z dnia 6 listopada 2023 r. (ADHW/072/2023). Dodatkowo, wykonawca Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. /Gülermak Sp. z o.o. w dniach 01 grudnia 2023 r. (4) oraz 05 grudnia 2023 r. (5) złożył kolejne pisma (bez numerów) o naliczeniu kolejnych kar umownych, oraz dnia 11.12.2023 r. (6) przekazał następne pismo (bez numeru) z informacją o dowodach dotyczących samooczyszczenia u Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. i Gülermak Sp. z o.o., niniejsze dokumenty są powieleniem informacji, które Wykonawca Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. /Gülermak Sp. z o.o. złożył jako załącznik do stanowiska procesowego przystępującego do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego w ramach postępowania o sygn. akt KIO 3388/23.

Według odwołującego, pomimo wyszczególnienia pism, które wpłynęły do zamawiającego, całe uzasadnienie ogranicza się do stwierdzenia: „Zamawiający po szczegółowej analizie i badaniu powyższych dokumentów nie znalazł podstaw do wykluczenia Wykonawcy Budimex S.A./Gülermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. /Gülermak Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Ustawy, a w konsekwencji stwierdził, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.”. Z analizowanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie sposób zatem wyczytać chociażby, które dokumenty zostały faktycznie przeanalizowane przez zamawiającego, a w szczególności, które z nich zostały uznane za relewantne (i z jakich względów) w kontekście przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., które w kontekście przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 p.z.p., a które w odniesieniu do samooczystczenia członków Konsorcjum Budimex Gülermak TR i Gülermak PL. Tym bardziej nie wskazano, które z przedstawionych dowodów przez Konsorcjum Budimex okazały się dla zamawiającego przekonujące i dlaczego doszedł on do wniosku, że Konsorcjum Budimex nie podlega wykluczeniu. Jeśli w ramach ponownej oceny ofert oceniane było również samooczystczenie, to zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie i które elementy przeprowadzonej procedury przekonały go o rzetelności członków Konsorcjum Budimex i skuteczności podjętych czynności naprawczych już w postępowaniu. Pytanie to jest szczególnie zasadne w kontekście wymogu z art. 110 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczącego naprawienia skutków naruszenia, które ze swojej istoty nie mogą być w tym postępowaniu. W opinii odwołującego wskazane uchybienie jest niezwykle istotne, ponieważ te zagadnienia były jedynym przedmiotem ponownej oceny ofert, a brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji podjętej przez zamawiającego uniemożliwia lub ogranicza odwołującemu możliwość sformułowania kompletnego odwołania, nie może się on bowiem odnieść w sposób szczegółowy do przedmiotowej decyzji zamawiającego, którą skarży. W połączeniu z lakonicznym uzasadnieniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w zasadzie brakiem takie uzasadnienia, pojawiają się uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistego zakresu i rzetelności przeprowadzonej oceny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 11 stycznia 2024 r.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, Gülermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Konya Devletyolu, 23.Km No: 111 06830 Gölbaşı, Ankara, Turcja i Gülermak Sp. z o.o. ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa (dalej zwane „przystępującym”), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego i dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji przez Izbę czy nie doszło do wadliwego wyboru oferty przystępującego z powodu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że podlega on wykluczeniu z postępowania, z uwagi na to, że członkowie konsorcjum, tj. Gülermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. w Ankarze i Gülermak Sp. z o.o. w Warszawie, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, zaś przedstawione przez przystępującego dowody rzetelności nie spełniają przesłanek opisanych art. 110 ust. 2 p.z.p. i nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji zamawiający winien wykluczyć przystępującego z postępowania, oraz poprzez błędne przyjęcie, że informacje przedstawione przez przystępującego po 31 października 2023 r. i opisywane w nich czynności mogą być brane pod uwagę jako spełniające warunki skutecznego samooczystczenia, podczas gdy nie wynika z nich, jakoby zostały podjęte w odpowiednim czasie i czyniły zadość określonym w ww. przepisach wymogom, co skutkowało nieprawidłową ponowną oceną ofert przez zamawiającego polegającą na uznaniu, że przystępujące nie podlega

wykluczeniu, a oferta nie podlega odrzuceniu (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania), a także naruszenia art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez zaniechanie podania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 grudnia 2023 r., uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym podjęcie czynności w postępowaniu z naruszeniem zasady przejrzystości jego prowadzenia i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 2 z *petitum* odwołania).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, treść wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. sygn. akt: 3376/23, 3388/23, 3390/23, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że w przetargu, z powodu zaskarżenia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego 31 października 2023 r., doszło do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. sygn. akt: 3376/23, 3388/23, 3390/23. Jak zgodnie oświadczyły strony i przystępujący, nie wniesiono skargi na to orzeczenie, dla której termin już upłynął i jest ono prawomocne, zatem w tym zakresie mamy do czynienia z powagą rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Co istotne, pomimo postawienia zarzutów dotyczących wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd, które podnosiło zarówno konsorcjum Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. w Zawierciu i Stecol Corporation w Tianjin, dalej zwane jako „konsorcjum Intercor-Stecol” (sygn. akt: KIO 3376/23), jak i odwołujący (sygn. akt: KIO 3388/23), Izba nie uwzględniła żądań odwołań i nie nakazała zamawiającemu wykluczenia przystępującego z tego powodu. W przedmiocie odwołania wniesionego przez odwołującego zarzuty te zostały oddalone.

Obecnego składu orzekającego nie wiąże uzasadnienie wcześniejszego orzeczenia, a jego sentencja – to samo dotyczy stron postępowania, co do zasady, moc wiążąca orzeczenia dotyczy zawartego w nim rozstrzygnięcia, a nie jego motywów, czy to faktycznych, czy prawnych, nie mamy także szczególnej regulacji w tym zakresie w p.z.p., w szczególności ustawodawca nie wprowadził do tej ustawy odpowiednika treści art. 398²⁰ k.p.c. (a i tak w doktrynie panuje zgodność, że moc wiążąca orzeczenia SN ogranicza się tylko do wykładni prawa i nie obejmuje wskazań co do dalszego postępowania, tak: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, red. prof. dr hab. E. Marszałkowska-Krześ, dr hab. I. Gill, 2023, Legalis). Niemniej, nie stwierdzono w sentencji orzeczenia, dodatkowo również nie przesądzono tego w uzasadnieniu, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, przez co miałby podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Nie stwierdzono również, że aby przystępujący mógł pozostać w przetargu musi zostać przeprowadzony *self-cleaning*, który należy rozpatrywać wyłącznie w ramach dokumentów złożonych 31 października 2023 r. Sentencja orzeczenia, w sprawie wcześniej wniesionego przez odwołującego odwołania, brzmi: „uwzględnia odwołanie KIO 3388/23 w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert w tym w tym dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 31 października 2023 roku, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania KIO 3388/23 oddala” (tożsamo w sprawie sygn. akt: KIO 3376/23).

Odwołujący nie zdecydował się na wniesienie skargi od ww. wyroku i nie ma żadnych podstaw, żeby przyjąć, że na jego podstawie stwierdzono zaistnienie w stosunku do przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., a tym samym konieczności dokonania samooczyszczenia przez tego wykonawcę. Skoro zaś nie stwierdzono potrzeby przeprowadzenia *self-cleaningu*, to nie ma również żadnego ograniczenia w tym zakresie – tu w szczególności co do obowiązku jego przeprowadzenia, cezury czasowej i zakresu dokumentów, które powinien zamawiający zweryfikować (nie mamy także wskazanego ograniczenia, że jakiś dokumentów zamawiający ma nie brać pod uwagę, pomimo zasadnego stanowiska odwołującego, że ówczesnemu składowi orzekającemu znane były przedłożone do materiału procesowego sprawy dokumenty, które były składane zamawiającemu przez przystępującego w listopadzie 2023 r.). Odwołujący wyciąga bardzo daleko idące wnioski z wcześniejszego orzeczenia, jednakże nie doprowadził do tego, aby zawarto je w wiążącym obecny skład rozpoznający spór rozstrzygnięciu wyroku. Pomijając już to, czy egzekucja jakiegokolwiek prawomocnego orzeczenia powinna odbywać się poprzez wniesienie ponownego środka zaskarżenia, także do tego samego organu.

Odnosząc się również do argumentacji odwołującego w przedmiocie tego, co zostało, a co nie zostało przyznane przez przystępującego w toku wcześniejszego postępowania odwoławczego, należy krótko przypomnieć, że zgodnie z

art. 552 ust. 1 p.z.p. okoliczności te były wzięte pod uwagę przy wydawaniu wcześniejszego wyroku przez Izbę. Pojęcie „stan rzeczy” oznacza okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny – obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia. Jeżeli strona uważa, że z materiału procesowego nie wyciągnięto właściwych wniosków poprzez stwierdzenie, że doszło do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., czyli nie dokonano właściwej subsumpcji ustaleń faktycznych do określonych norm p.z.p., to rewizja wcześniejszego wyroku mogłaby nastąpić w wyniku wniesienia skargi do sądu okręgowego, czego nie uczyniono.

Nie ma też wątpliwości, że odwołujący dostrzega zaistniałą *res iudicata*, ponieważ porównując jego pierwsze odwołanie – w którym żądano m.in. wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, w tym na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej (patrz str. 21-27 *in principio* wyroku sygn. akt: KIO 3388/23), co miało uniemożliwiać przystępującemu, który wprowadził zamawiającego w błąd, skorzystanie z procedury samooczyszczenia (tak str. 29 ww. wyroku) – i obecne odwołanie, doszło do znaczącego ograniczenia okoliczności faktycznych i prawnych w stosunku do tej podstawy wykluczenia. Odwołujący zdaje się przechodzić od razu do oceny dopuszczalności i skuteczności rzekomego *self-cleaningu*, z pominięciem, że w pierwszej kolejności zastosowanie tej instytucji determinowane jest stwierdzeniem, że dany wykonawca podlega wykluczeniu.

We wcześniejszej sprawie odwołujący nie uzyskał korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, że wobec przystępującego doszło do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Nie uwzględniono zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd, który opierał się na fakcie rzekomo spóźnionego przekazania zamawiającemu informacji dotyczących naliczonych przystępującemu kar, co zdaniem odwołującego miało powodować brak możliwości skorzystania z samooczyszczenia czy uznania, że stanowiłoby to działanie spóźnione. Wprost przeciwnie – pomimo zawartego w odwołaniu zarzutu i żądania, nakazano zamawiającemu powrót do badania i oceny ofert, w tym dokumentów złożonych przez przystępującego w dniu 31 października 2023 r., kiedy zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego nie jest możliwe przeprowadzenie procedury *self-cleaningu* lub jest ona spóźniona wobec wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd. Odwołujący nie zaskarżył tego orzeczenia, a teraz oczekuje pozytywnych skutków swojej bierności. Nie może zatem odnieść skutku formułowanie tezy, która zakłada, że wydany poprzednio wyrok jest nieprawidłowy, niekompletny, czy nie w pełni rozstrzygający materię sprawy, bądź wyciągająca zeń wnioski, które nie wynikają z jego sentencji. Izba w tym, ani żadnym innym postępowaniu odwoławczym, nie jest uprawniona do dokonywania recenzji wcześniejszego orzeczenia – które wprost wiąże skład orzekający w niniejszej sprawie jako prawomocne i skuteczne. Skoro zatem skuteczność przyjętej przez odwołującego strategii determinowana była poprzednim orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, pozytywnym dla założonej przez odwołującego trajektorii rozumowania, to brak takiego orzeczenia uniemożliwia w zasadzie pozytywne odniesienie się do zarzutów opartym na tym postulowanym, ale nie stwierdzonym w poprzednim orzeczeniu stanie rzeczy.

Mając zatem na uwadze zaistniałą *res iudicata* z powodu prawomocności wyroku Izby z dnia 4 grudnia 2023 r. sygn. akt: 3376/23, 3388/23, 3390/23, skład orzekający stwierdził, że zamawiający miał prawo badać i oceniać dokumenty złożone przez przystępującego po 31 października 2023 r., a także – z powodu braku uwzględnienia zarzutu wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd – zamawiający nie został zobowiązany wcześniejszym wyrokiem Izby do stwierdzenia, że przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., a tym samym, że dokumenty złożone 31 października 2023 r. stanowią samooczyszczenie. *Ergo*, wobec braku podzielenia przez tamten skład orzekający twierdzeń odwołującego, zamawiający nie tylko nie był zobligowany do uznania przystępującego za wykluczonego z postępowania, ale także nie narzucono mu ograniczenia w zakresie oceny sytuacji podmiotowej przystępującego do pisma z dnia 31 października 2023 r., czy do konieczności traktowania tego dokumentu jako instytucji samooczyszczenia. Dostrzeżenia wymaga, że Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert i jedyne, co nakazała, to aby w tej ocenie zamawiający nie pominął pisma przystępującego z dnia 31 października 2023 r. Taki bowiem wniosek należy wyprowadzić z użycia sformułowania „w tym”. Zwrot ten nie ogranicza czynności badania ofert, ale wskazuje, że ten element nie może zostać przez zamawiającego pominięty w szeregu innych czynności składających się na weryfikację oferty. Izba, wbrew stanowisku odwołującego, nie sformułowała w sentencji ograniczenia wyłącznie do weryfikacji treści pisma z dnia 31 października 2023 r., taka sentencja formułowana byłaby wówczas z zastosowaniem słów „w zakresie pisma” czy „z ograniczeniem do pisma”.

Natomiast odwołujący skupia się na podnoszeniu zarzutów, że *self-cleaning* był spóźniony lub przeprowadzony w sposób wieloetapowy, co miało być nieprawidłowe, bądź nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 110 ust. 2 p.z.p., kiedy nie przeprowadza się samooczyszczenia wobec wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z przetargu. Skład orzekający podzielił w tym zakresie trafne stanowisko zamawiającego, że jednostka zamawiająca nie tylko miała prawo do badania i oceny dokumentów składanych po 31 października 2023 r., zatem także wskazanych na str. 6 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 grudnia 2023 r., ale także, skoro *a priori* nie doszło do konieczności

wykluczenia przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. lub art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 p.z.p., to dokumenty składane przez przystępującego nie stanowią *self-cleaningu*.

Nie zmienia tego ocena dokonana przez przystępującego, który poczuwał się za podlegającego wykluczeniu z postępowania – mając zapewne na uwadze ukształtowany w orzecznictwie pogląd, że bez przyznania się do popełnienia deliktu nie ma mowy o ewentualnym samooczyszczeniu, ponieważ zgodnie z ustawą p.z.p., to zamawiający ocenia sytuację podmiotową przystępującego, nie będąc związanym oświadczeniem wykonawcy. Wskazana w odwołaniu „okoliczność podlegania przez Konsorcjum Budimex wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP nie jest kwestionowana przez tego wykonawcę (...)” i argument, iż „Poza zmodyfikowanym oświadczeniem JEDZ dodatkowym potwierdzeniem, że Konsorcjum Budimex przyznało się do przekazania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (a więc występowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP) jest również stanowisko procesowe Konsorcjum Budimex prezentowane w sprawie KIO 3388/23 (...)”, nie spowoduje, że zamawiającemu należy odmówić możliwości oceny i badania oferty przystępującego, automatycznie przyjmując go za podlegającego wykluczeniu. Innymi słowy fakt, że wykonawca z ostrożności składa jakieś oświadczenie wiedzy nie determinuje, że oddaje ono stan faktyczny, czy że jest prawidłowe. W ustalonym stanie rzeczy wystąpiła taka sytuacja – sam wykonawca ocenił się bardziej surowo, a zamawiający tego stanowiska słusznie nie podzielił.

W szczególności zawarte w odwołaniu stanowisko, że „Nie ulega zatem wątpliwości, że Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, i jedyną kwestią do rozpatrzenia przez Zamawiającego w tym zakresie, w ramach ponownej oceny ofert nakazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 4 grudnia 2023 r., jest weryfikacja, czy wykonawca ten przeprowadził procedurę samooczyszczenia, która mogłaby zostać uznana za skuteczną w Postępowaniu (art. 110 ust. 2 PZP)” jest zdumiewające, ponieważ – jak już wcześniej zaznaczono – nie ma takich stwierdzeń w rozstrzygnięciu wyroku Izby z dnia 4 grudnia 2023 r.

Należy także zauważyć, że znacząca część argumentacji odwołującego nawiązuje do uzasadnienia tego wyroku, ale w sprawie innego wykonawcy (konsorcjum Intercor-Stecol z sygn. akt: KIO 3376/23), trudno więc podzielić tezę, że zamawiający „jak wynika z wyroku Izby z 4 grudnia 2023 r. oraz okoliczności sprawy” powinien był uwzględnić wyłącznie czynności i dowody przedstawione przez przystępującego w dniu 31 października 2023 r. Skład rozpoznający spór stwierdził, że nic takiego nie wynika z przedmiotowej sentencji (ani nawet z uzasadnienia wyroku dotyczącego przystępującego). Znamionym także jest, że odwołujący chce wyciągać wobec przystępującego jakieś konsekwencje z powodu stwierdzeń zawartych w uzasadnieniu orzeczenia z 4 grudnia 2023 r., tylko w innej sprawie. Zatem co do uzasadnienia wyroku, ale w sprawie dotyczącego innego wykonawcy, krótko wskazać należy, że orzeczenie to dotyczy sytuacji prawnej i faktycznej wykonawcy konsorcjum Intercor-Stecol, a nie przystępującego.

O ile Izba podziela także stanowisko przystępującego o konieczności rozróżnienia krańcowo różnej sytuacji podmiotowej obydwu wykonawców – w tym zakresie skład orzekający przyjmuje za własne stanowisko zawarte na str. 7 jego pisma procesowego przystępującego z dnia 11 stycznia 2023 r., gdzie trafnie argumentowano o braku jednolitej sytuacji wykonawców, w szczególności co do źródła uzyskania informacji przez zamawiającego, sposobu, zakresu i terminu dokonania samooczyszczenia, a także pominięcia przez odwołującego faktu, że wobec konsorcjum Intercor-Stecol zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania, co nie miało miejsca w stosunku do przystępującego. Zatem porównania te są całkowicie nieuprawnione i prowadziłyby do wypaczenia zasad naczelnych p.z.p. poprzez postulowanie konieczności wyciągania tożsamyh konsekwencji wobec wykonawców, którzy znajdują się w diametralnie różnej sytuacji faktycznej i prawnej – to i tak nie jest to wyrok dotyczący sprawy przystępującego, więc nie ma żadnych podstaw do próby wyciągania wobec niego konsekwencji z powodu oceny przez Izbę sytuacji podmiotowej konsorcjum Intercor-Stecol.

Konkludując, uwzględniając brzmienie norm p.z.p., mając na uwadze ustalony stan rzeczy – w tym również treść wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. sygn. akt: 3376/23, 3388/23, 3390/23 – skład orzekający stwierdził, że stanowisko odwołującego o ograniczeniu zamawiającemu prawo do badania i oceny oferty przystępującego wyłącznie do oświadczeń i dokumentów złożonych do dnia 31 października 2023 r. jest nieuzasadnione. Jak również nie ma podstaw do przyjęcia ferowanej przez odwołującego tezy, że przystępujący podlega wykluczeniu z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd, więc zamawiający winien zastosować procedurę *self-cleaningu*. Tym samym *a priori* nie można podzielić stanowiska o rzekomo występującej cezurze czasowej takiej czynności, czy dokonywać oceny jej prawidłowości. W tym zakresie Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący błędnie przyjął, iż przedstawione przez przystępującego od dnia 31 października 2023 r. informacje i opisane w nich czynności miałyby być brane pod uwagę jako spełniające warunki samooczyszczenia. Zamawiający słusznie podkreślał, że oceniając zająście ewentualnych podstaw do eliminacji wykonawcy z postępowania polega na dokonaniu własnej analizy i oceny stanu faktycznego, a nie na kierowaniu się subiektywnym stanowiskiem wykonawcy. Zamawiający jest obowiązany dokonać właściwej subsumpcji stanu faktycznego pod hipotezę normy, czyli ocenić, czy

dane zdarzenia wskazane przez wykonawcę spełniają przesłanki podstaw wykluczenia wymienionych, a nie być pozbawiony samodzielnego zbadania czy zachodzi przesłanka wykluczenia, tylko dlatego, że przystępujący mógłby tak oświadczyć. W tym przedmiocie nie narzucono zamawiającemu również żadnych ograniczeń we wcześniejszym wyroku Izby, wydanym w stosunku do okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących oceny sytuacji przystępującego. Zatem bez znaczenia dla czynności zamawiającego pozostaje treść oświadczeń przystępującego składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3388/23, istotnym jest natomiast czy faktycznie zostały spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, których zajścia nie stwierdzono także w wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r.

Skład orzekający zgadza się również z zamawiającym, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sporu pozostaje ocena czy dowody rzetelności przedłożone przez przystępującego spełniają przesłanki opisane w art. 110 ust. 3 p.z.p., więc czy są wystarczające do przywrócenia rzetelności przystępującego, skoro nie jest to wykonawca, który podlega wykluczeniu z postępowania. Tożsamo należy uznać w zakresie ferowanego przez odwołującego terminu samooczyszczenia i sposobu jego przeprowadzenia. Jeżeli przystępujący nie podlega eliminacji z postępowania, instytucja *self-cleaningu* nie powinna mieć zastosowania. Zamawiający więc trafnie przyjął, że pisma składane od 31 października 2023 r. stanowią raczej wyjaśnienie sytuacji przez przystępującego, a nie samooczyszczenie określone w art. 110 ust. 2 p.z.p. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego dowody rzetelności nie spełniają przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 i 3 p.z.p., a tym samym zaniechanie eliminacji wykonawcy, który nie przywrócił swojej zdolności do rzetelnego zrealizowania zamówienia, mógłby zostać uwzględniony, o ile najpierw przystępujący podlegałby wykluczeniu, przez co zaktualizowałby się wobec niego obowiązek przywrócenia utraconej rzetelności, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Intencją wprowadzenia *self-cleaningu* jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy podjęli odpowiednie działania i są zdolni do wykonania zamówienia, pomimo utraty swojej wiarygodności, do czego nie dochodzi, kiedy wykonawca nie podlega wykluczeniu – kiedy zdolność ta nie została utracona.

W konsekwencji powyższego, Izba nie znalazła uzasadnionych podstaw do uwzględnienia niewykazanego zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania i oddaliła odwołanie w tym zakresie. Działanie zamawiającego, który weryfikował sytuację podmiotową przystępującego w ramach dokumentów złożonych także od 31 października 2023 r. było właściwe. Weryfikacja podmiotowa, zakończona wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 13 grudnia 2023 r., w ramach dokumentów wskazanych w zawiadomieniu o wyborze, była prawidłowa i nie zostało wykazane przez odwołującego, że czynności zamawiającego naruszają którąkolwiek ze wskazanych przez niego norm p.z.p.

Zarzut nr 2 również nie został udowodniony, a tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie. Skład orzekający stwierdził, że treść informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 grudnia 2023 r. spełnia wszystkie wymogi określone w art. 253 ust. 1 p.z.p. W szczególności podano wszystkie informacje wymagane w tej normie, przedstawiając właściwe i adekwatne uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej rozstrzygnięcia przetargu.

Okoliczność, że wykonawca życzyłby sobie bardziej szczegółowej analizy, czy bardziej drobiazgowego odniesienia się do któregoś z elementów wyboru, nie powoduje, że doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego. W szczególności, że zarzut jest merytorycznie pusty, bowiem nie wskazano, a tym bardziej nie wykazano, na czym dokładnie miałyby polegać naruszenie przez zamawiającego art. 253 p.z.p. Natomiast tam, gdzie odwołujący precyzuje okoliczności, w ramach których upatruje naruszenia prawa, sprowadzają się one do wadliwego założenia w zakresie podstawy postawionego zarzutu – odwołujący podnosi, że złożone w przetargu przez przystępującego dokumenty potraktowano jako *self-cleaning*, więc zamawiający powinien wskazać które elementy przekonały go o rzetelności członków konsorcjum i skuteczności podjętych czynności naprawczych. Nic takiego nie wynika z przedmiotowego rozstrzygnięcia postępowania, jest to wadliwa supozycja odwołującego o samooczyszczeniu, bez związku z treścią wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 grudnia 2023 r., do czego Izba odniosła się we wcześniejszej części uzasadnienia.

Jak również stwierdzenie, że odwołujący nie jest w stanie wyczytać, które dokumenty zostały faktycznie przeanalizowane przez zamawiającego lub ma wątpliwości w zakresie rzetelności i zakresu dokonanej oceny – kiedy nie ma żadnych podstaw, aby przyjąć, że nie zweryfikowano dokumentów wskazanych wprost w informacji o wyborze – pozostaje w sferze gołosłownych hipotez strony, a nie próby faktycznego wykazania, że doszło do naruszenia prawa.

W ocenie składu orzekającego należy się również zgodzić z zamawiającym i przystępującym, że klarowna i adekwatna treść informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej pozwala na zweryfikowanie prawidłowości rozstrzygnięcia postępowania, w tym umożliwiła odwołującemu wniesienie odwołania. Nie wykazano także naruszenia zasad naczelných p.z.p. dotyczących jawności, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Zatem w konsekwencji powyższego, nieudowodniony zarzut podlegał oddaleniu.

Ponadto, Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowód ze złożonych przez przystępującego dokumentów w

postaci wyciągu z korespondencji elektronicznej i fragmentu JEDZ na okoliczności wskazane przez uczestnika postępowania, jednakże dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Dokumenty te byłyby przydatne, gdybyśmy oceniali prawidłowość przeprowadzonego *self-cleaningu*, czyli kiedy zostałyby stwierdzone podstawy do zastosowania tej instytucji. Natomiast w zakresie informacji dotyczącej PORR S.A. w Warszawie z dnia 27 września 2023 r. Izba postanowiła pominąć wniosek o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu, ponieważ nie jest on nawet luźno związany z rozpoznawanym sporem. W zakresie dokumentów powołanych przez odwołującego w odwołaniu, tj. dokumentacji dotyczącej wyroku Izby z dnia 4 grudnia 2023 r. sygn. akt: 3376/23, 3388/23, 3390/23, to *ex lege* zostały one zaliczone na poczet materiału procesowego, ponieważ zostały przekazane przez zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania (§ 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)).

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 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 obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....