

WYROK
z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę INNTEC.PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku przy ul. Kocurki 1/29 (80-822 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Poznańską z siedzibą w Poznaniu przy pl. Marii Skłodowskiej-Curie 5 (60-965 Poznań)

przy udziale wykonawcy X3D spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytowie przy ul. Zaulek Drozdowy 2 (77-100 Bytów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę INNTEC.PL spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania; Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 2768/23

Uzasadnienie

Politechnika Poznańska zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Zakup i dostawa urządzenia oraz stacji dla Politechniki Poznańskiej z podziałem na części: PAKIET I - Urządzenie do wytwarzania elementów z proszków metali i ich stopów w technologii SLM (Selective Laser Melting), PAKIET II - Przenośna stacja robocza* numerze: AD/ZP/89/23, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 127-402709.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 18 września 2023 r. wykonawca INNTEC.PL Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 8 września 2023 r. w ramach Pakietu II przedmiotowego zamówienia, polegających na:

- uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę X3D Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu na Pakiet II;
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy X3D Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania;
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez X3D Sp. z o.o.;
- względnie, nieprzeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej zmierzającej do oceny czy podjęte przez wykonawcę X3D Sp. z o.o. czynności są wystarczającego do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 17 ust. 2 Pzp – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez X3D Sp. z o.o., pomimo, że wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta winna zostać odrzucona, co skutkuje udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy X3D Sp. z o.o. pomimo ziszczenia się przesłanek do wykluczenia, o których mowa w ww. przepisie;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) względnie, zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej na podstawie art. 110 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 3 u Pzp, polegającej na ocenie czy podjęte przez wykonawcę X3D Sp. z o.o. czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 są wystarczające do wykazania jego rzetelności;
- 6) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – przez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, która, w przypadku wykluczenia z postępowania wykonawcy X3D Sp. z o.o., jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 8 września 2023 r., tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez X3D Sp. z o.o.;
- nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy X3D oraz odrzucenia jego oferty;
- względnie, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez X3D Sp. z o.o. i w konsekwencji nakazanie przeprowadzenia przez zamawiającego oceny na podstawie art. 110 ust. 3 Pzp, w tym przeprowadzenia procedury wyjaśniającej;

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert;
- zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów odwołującego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy X3D Sp. z o.o., wobec którego istnieją podstawy do wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty

i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego w przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał realną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ nie podlega wykluczeniu, złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia i w świetle kryteriów oceny ofert, po wykluczeniu z postępowania wykonawcy X3D Sp. z o.o., oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że z pkt 5.1, 5.1.8 i 5.1.9 specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) wynikało, iż zamawiający, zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp, potwierdził obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp. W związku powyższym odwołujący wskazał, że w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, na dostawę wraz z montażem i uruchomieniem drukarki 3D do druków z proszków metalicznych wraz z osprzętem (znak sprawy: AP-26-12d/23/E) – oferta wykonawcy X3D Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ, jak wynika z protokołu oraz dokumentacji postępowania, wykonawca ten w celu uzyskania zamówienia przekazał

w swej ofercie tj. w wykazie dostaw i załączonym do niego liście referencyjnym, nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, czym naraził się na zastosowanie wobec niego przesłanki złożenia jej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z dokumentacją dotyczącą powyższego postępowania zamawiający został poinformowany, że rzekomy wystawca referencji, którymi posłużył się X3D Sp. z o.o. (tj. CEAD BC z siedzibą w Holandii) nigdy nie współpracował z X3D Sp. z o.o., nigdy nie kupił od nikogo drukarki wymienionej w referencjach przedłożonych przez X3D Sp. z o.o., ani też nigdy nie wystawił referencji, która została przez X3D Sp. z o.o. złożona w postępowaniu

w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego powyższe okoliczności wypełniają przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, do wykluczenia wykonawcy X3D Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, ponieważ w innym postępowaniu wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na podstawie tych informacji jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zatem celowe (lub lekkomyślne) wprowadzenie zamawiającego w błąd miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika

z kopii protokołu z postępowania oferta wykonawcy X3D Sp. z o.o. najpierw została wybrana jako najkorzystniejsza, a następnie na skutek powtórzenia badania i oceny ofert, została odrzucona za podanie nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że zamawiający odwołał się w rozdziale

5 pkt 5.1 ppkt 5.1.8 – 5.1.9 SWZ m.in. do art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a zatem winien konsekwentnie zastosować wskazaną tam sankcję wobec wykonawcy X3D Sp. z o.o., ponieważ wykonawca ten w sposób zamierzony przedstawił nieprawdziwe informacje (podrobione referencje), co miało istotny wpływ na wybór jego oferty w postępowaniu. Wobec powyższego żądanie odwołującego co do wykluczenia wykonawcy X3D Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp było uzasadnione.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca X3D Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym w Części III pkt C - Podstawy związane z niewyplacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi – na pytanie:

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

- zaznaczył odpowiedź „NIE”

Jednakże, jak odwołujący wykazał powyżej, wykonawca X3D Sp. z o.o. wcześniej, w innym postępowaniu, wprowadził zamawiającego – Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, w ramach innego postępowania, w błąd, co skutkowało odrzuceniem jego oferty. W związku z tym w przedmiotowym postępowaniu w formularzu JEDZ X3D Sp. z o.o. odpowiadając na ww. pytanie powinien zaznaczyć „Tak”. Wraz

z powyższą informacją wykonawca ten powinien, działając zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp, udowodnić zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w tym przepisie i dlatego nie podlega wykluczeniu (powinien dokonać tzw. samooczyszczenia). W związku

z powyższym, uwzględniając przedstawione wyżej informacje z innego postępowania, należy wskazać, iż powyższe oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ nie było zgodne z prawdą. Odwołujący wyjaśnił, że o zaistniałych okolicznościach zamawiający był poinformowany w trakcie prowadzonego postępowania.

Powołując się na Komentarz do art. 126 Pzp - A. Gawrońskiej-Baran (w:) E. Wiktorowska,

A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022: Zamawiający, wyrażając zamiar skorzystania z uprawnienia określonego w ust. 3 (art. 126 ust. 6 – przyp odwołującego), powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do aktualności przedłożonych wcześniej przez wykonawcę podmiotowych

środków dowodowych. Nie chodzi tu o datę ich wystawienia, ale o aktualność informacji zawartych w tych dokumentach. O uzasadnionej wątpliwości, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, możemy mówić np. wówczas, gdy z informacji medialnej czy informacji przekazanej przez innych wykonawców wynika, że istnieje ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy, który w toku postępowania przestał spełniać warunki udziału w postępowaniu lub zaszył wobec niego podstawy wykluczenia. Zatem w ocenie odwołującego, uwzględniając wszystkie okoliczności zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający, powinien, o ile uznałby, że konieczne jest pozyskanie dodatkowych informacji, wezwać wykonawcę X3D Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mającego na celu ustalenie czy wykonawca spełnił łącznie przesłanki, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp. Zaś w przypadku potwierdzenia ziszczenia się wobec X3D Sp. z o.o. przesłanek wykluczyć tego wykonawcę z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, ponieważ wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że spełnił przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp (tzw. procedura self-cleaning), a we wcześniejszym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego posługując się tzw. podrobionym dokumentem (nieprawdziwymi referencjami) wprowadził zamawiającego w błąd w celu uzyskania pozytywnej weryfikacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że wobec faktu, iż oświadczenia zawarte w JEDZ złożonym przez X3D Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodne ze stanem faktycznym, w ocenie odwołującego zamawiający powinien podjąć czynności w celu wyjaśnienia rzetelności wykonawcy. W ocenie odwołującego nawet w sytuacji, w której zamawiający nie zastrzegłby fakultatywnej przesłanki do wykluczenia z postępowania dotyczącej składania nieprawdziwych informacji, to nadal jego obowiązkiem byłoby dokonanie należytej weryfikacji wykonawcy. Zaś w przypadku potwierdzenia, że w ramach postępowania wykonawca składa informacje wprowadzające zamawiającego w błąd (tu – nieprawdziwe oświadczenie w JEDZ) należałoby zastosować wobec jego oferty art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, skutkujący odrzuceniem.

W ocenie odwołującego przywołane w treści odwołania okoliczności uzasadniają stawiane zarzuty. Jednocześnie odwołujący zaznaczył, że na obecnym etapie podejmuje starania w celu zgromadzenia dodatkowych dowodów potwierdzających nierzetelne działania wykonawcy X3D Sp. z o.o., w tym dotyczących przedkładanych przez niego dokumentów w innych postępowaniach. W związku z tym wszelkie dodatkowe dowody na potwierdzenie opisanych w odwołaniu twierdzeń zostaną przedstawione terminie późniejszym.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca X3D Sp. z o.o. siedzibą w Bytowie, a po stronie odwołującego wykonawcy: P.P., P.W., W.W. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą B3D P.P., P.W., W.W. S.C. z siedzibą w Damasławku.

W dniu 29 września 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku oraz złożył opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy tj. B3D P.P., P.W., W.W. S.C. z siedzibą w Damasławku, do toczącego się postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Podobnie tego samego dnia tj. 29 września 2023 r., także wykonawca zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożył do akt sprawy pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

W dniu 2 października 2023 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego przedstawił pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu zgłoszenia przystąpienia.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym złożył pismo procesowe zawierające ustosunkowanie do odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, do którego załączył kolejne dowody.

W przedmiotowym piśmie odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp dotyczy sytuacji, w której zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w ocenie odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, zmierza do udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Taka sytuacja wprost stanowi naruszenie ww. przepisu Pzp, w tym zakresie był to zarzut skutkowy.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zwracał się do zamawiającego w dniu 11 września 2023 r. z wnioskiem o udostępnienie całej korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcą X3D Sp. z o.o. W odpowiedzi na powyższe zamawiający przekazał dokumenty, które jednak nie zawierały wezwania X3D z dnia 6 września 2023 r. do wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia JEDZ, a także odpowiedzi tego wykonawcy. Stąd w odwołaniu podniesiono argumentację o braku wezwania przez zamawiającego odnośnie do złożonego przez X3D oświadczenia w JEDZ. Odwołujący podniósł także, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaznaczył, że zwrócił się do wykonawcy X3D Sp. z o.o., a także zwrócił się do Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego w Radomiu (zwanego dalej jako: „Uniwersytet Radomski”), odnośnie do treści oświadczenia X3D złożonego w JEDZ. Na ponowny wniosek odwołującego, złożony w dniu 28 września 2023 r., zamawiający w dniu 29 września 2023 r. przekazał odwołującemu wezwanie z dnia 6 września 2023 r. skierowane do X3D Sp. o.o. dotyczącego treści JEDZ, a także odpowiedź tego wykonawcy. Niezależnie od powyższego odwołujący otrzymał w dniu 29 września 2023 r. pismo od Kierownika Sekcji Zamówień Publicznych Uniwersytetu Radomskiego z informacją, że Uniwersytet nie pozostaje w sporze z X3D Sp. z o.o. Natomiast decyzję o odrzuceniu oferty X3D Sp. z o.o. podjęto po bardzo dokładnej analizie dokumentów złożonych przez tego wykonawcę, a wystawione referencje zostały zweryfikowane u wystawcy dokumentu, który potwierdził, że nie jest jego autorem i nigdy nie współpracował z X3D Sp. z o.o. Ponadto

w ww. piśmie Uniwersytet Radomski zaznaczył, że X3D Sp. z o.o. nie złożył odwołania od decyzji o odrzuceniu jego oferty, ani nie było żadnej korespondencji w tej sprawie. Jak zatem wynika z powyższego wykonawca X3D Sp. z o.o. po raz kolejny, w ocenie odwołującego, miał przedstawić informacje nieprawdziwe, albowiem nie odwołał się od decyzji o odrzuceniu jego oferty przez Uniwersytet Radomski, ani też nie toczy się w tej sprawie żaden spór. Podsumowując tę część pisma odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu X3D Sp. z o.o. dwukrotnie przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, tj.:

- najpierw w formularzu JEDZ, odpowiadając na pytanie co do wprowadzenia w błąd co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzję w sprawie wykluczenia lub udzielenia zamówienia — zaznaczył odpowiedź „NIE”;
- następnie — na wezwanie zamawiającego odnośnie do rozbieżności w oświadczeniu złożonym w JEDZ, a stanem

faktycznym zaistniałym w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Radomski — wyjaśniając, że trwa obecnie w tej sprawie spór.

W ocenie odwołującego zaistniałe okoliczności powinny skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności, tj. wykluczenie wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Względnie podjęciem przez zamawiającego dodatkowej pogłębionej procedury wyjaśniającej. Tym bardziej, że zamawiający już w dniu 25 sierpnia 2023 r. został poinformowany przez odwołującego o całokształcie sprawy dotyczącej posługiwania się przez X3D Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Radomski, podrobionymi referencjami. Odwołujący jednocześnie zaznaczył, że w jego ocenie działanie X3D Sp. z o.o. wypełniło znamiona przesłanki, o której mowa w m.in. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (zamierzone działanie). Natomiast nie może być tu mowy o lekkomyślności lub niedbalstwie, na które wskazuje m.in. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Wcześniej, wnosząc odwołanie, odwołujący nie dysponował całą korespondencją i nie wiedział, że zamawiający wzywał X3D Sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących JEDZ i że wykonawca ten złożył stosowną odpowiedź. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca X3D w pismach procesowych zaznaczali, że zamawiający nie mógł odrzucić oferty X3D na podstawie m.in. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, albowiem te przesłanki nie zostały sprecyzowane w dokumentach zamówienia. W powyższym zakresie odwołujący wskazał, że w jego ocenie dokumenty zamówienia nie zostały opracowane

w sposób jednoznaczny, ponieważ zapisy SWZ wyraźnie odnoszą się w ramach procedury tzw. samooczyszczenia także do przesłanek z m.in. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zatem skoro zamawiający przewidział możliwość wykazania przez wykonawcę, iż nie podlega odrzuceniu m.in. w oparciu o ww. przesłanki to w sytuacji, gdy powstały tak wyraźne wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia złożonego przez X3D Sp. z o.o. w treści JEDZ zamawiający winien przeprowadzić dokładną procedurę wyjaśniającą. Zamawiający modyfikował SWZ

w trakcie postępowania jednak zmiany te nie obejmowały usunięcia powyższych zapisów lub ich odpowiedniej modyfikacji, która wyraźnie odnosiłaby się tylko do przesłanek z m.in. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.

W ocenie odwołującego zaistniałe w postępowaniu okoliczności miały wpływ także na naruszenie uczciwej konkurencji. Wykonawcy składali w postępowaniu oświadczenia na drukach JEDZ z takim samym zakresem informacji. Zatem każdy

z wykonawców musiał uwzględnić i szczegółowo rozważyć czy nie zachodzi w stosunku do niego którakolwiek z okoliczności wymienionych w ww. oświadczeniu. W takiej sytuacji nie można wykluczyć, iż część podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem

w postępowaniu zrezygnowała z możliwości ubiegania się o zamówienie, ponieważ ocenili, że we wcześniejszych postępowaniach wystąpiły w stosunku do nich okoliczności, o których mowa w m.in. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Przy czym całokształt dokumentów zamówienia wyraźnie wskazywał, że zamawiający te wszystkie okoliczności będzie ocenił. Jednakże na etapie badania ofert zamawiający, pomimo iż dysponował dokumentami wskazującymi na wprowadzenie innego zamawiającego (Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu) w błąd przez X3D, to jednak nie zdecydował się na podjęcie wobec tego wykonawcy odpowiednich czynności, w tym procedury zmierzającej do wyjaśnienia, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy, który podając informacje niezgodne z prawdą wprowadził zamawiającego w błąd, a na skutek tego inni wykonawcy zostali potraktowani z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z m.in. 14 ust. 1 i 2 w zw. z m.in. 3 ust. 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, tj. m.in. informacji o sytuacji gospodarczej lub prawnej. Odwołujący podkreślił przy tym, że co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za profesjonalistę. Zatem w tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę składającego ofertę, oświadczenia i dokumenty, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Tymczasem X3D Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym podał nieprawdziwe informacje, a nie podjął wobec siebie działań związanych

z samooczyszczeniem (self-cleaning), czym potwierdził swoją nierzetelność. Dodatkowo wszystkie dokumenty, w tym sfałszowane referencje oraz nieprawdziwe informacje dotyczące sporu toczącego się pomiędzy X3D Sp. z o.o., a Uniwersytetem Radomskim, podpisywała jedna i ta sama osoba.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu nie określono warunków udziału w postępowaniu, ani też nieprawdziwe informacje nie miały wpływu na przyznawaną punktację. Niemniej wykonawca wprost wprowadził zamawiającego w błąd, i to dwukrotnie, tj. w ramach oświadczenia złożonego w JEDZ, a następnie w wyjaśnieniach składanych na wezwanie. Takie okoliczności w ocenie odwołującego powinny skutkować konstatacją, iż wykonawca nie postępuje uczciwie, wprowadza zamawiającego w błąd, a w konsekwencji jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Na taką możliwość wskazuje orzecznictwo, w tym m.in. w wyroku z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1160/23. Reasumując, zdaniem odwołującego, informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd mogą być badane zarówno w świetle podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek, czy odrzucenia oferty

z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też, jak w tym postępowaniu,

z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Pzp. Każdorazowo zależy to od sytuacji w danym postępowaniu. W związku z powyższym, na skutek ustaleń co do nieprawdziwych informacji przedstawianych przez X3D Sp. z o.o., które miały wpływ na wynik postępowania, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego

przystąpienia przez wykonawcę X3D Sp. z o.o. siedzibą w Bytowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z cofnięciem zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego, Izba potraktowała to przystąpienie tak jakby w ogóle nie zostało wniesione.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 września 2023 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”);
 - ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
 - pismo z dnia 25 sierpnia 2023 r., skierowane przez odwołującego do zamawiającego;
 - wezwanie z dnia 6 września 2023 r., skierowane do przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp;
 - wyjaśnienia złożone przez przystępującego pismem z dnia 7 września 2023 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu II z dnia 8 września 2023 r.;
 - 2) załączniki do odwołania:
 - kopię protokołu z postępowania AP-26-12d/23/E prowadzonego przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu;
 - kopię pisma CEAD B.V. z siedzibą w Holandii dotyczącego referencji złożonych przez X3D Sp. z o.o. wraz z tłumaczeniem na język polski;
 - źródłowe referencje złożone przez X3D Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Uniwersytetu Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
 - kopię pisma Colmex Sp. z o.o. z informacją o przedstawieniu przez X3D Sp. z o.o. nieprawdziwych referencji;
 - 3) załączniki do odpowiedzi na odwołanie;
 - 4) załączniki do pisma procesowego odwołującego złożonego w dniu 2 października 2023 r.:
- wydruk korespondencji z poczty elektronicznej z dnia 8 września 2023 r. oraz kolejnych dni, dotyczącej przekazania kopii prowadzonej korespondencji pomiędzy zamawiającym a przystępującym;
 - wydruk korespondencji z poczty elektronicznej otrzymanej od zamawiającego w dniu 29 września 2023 r.;
 - kopię pisma Uniwersytetu Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu z dnia 29 września 2023 r.;
 - kopię pisma przystępującego z odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień z dnia 6 września 2023 r.

Izba ustaliła co następuje

Pkt 5.1 SWZ posiadał następującą treść:

5.1 W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu

z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 PZP oraz w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 PZP, w tym na podstawie:

5.1.1 art. 108 ust. 1 Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę, (...)

5.1.2 art. 109 ust. 1 pkt 4 Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

5.1.3 art. 109 ust. 1 pkt. 5 Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

5.1.4 art. 109 ust. 1 pkt 7 Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

5.1.5 art. 5k ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 833/2014 z 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1 z późn. zm.),

5.1.6 art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, tj.: (...)

5.1.7 Wykluczenie Wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 PZP.

5.1.8 Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, PZP jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP.

5.1.9 Procedura „self-cleaningu” (samooczyszczenia).

– Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

(...)

– Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

– Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

– Dokumenty dotyczące „samooczyszczenia” należy złożyć wraz z ofertą

5.1.10 Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę

i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W treści pkt 6.1 SWZ zamawiający wskazał m. in.:

W JEDZ należy podać następujące informacje:

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1) -2) PZP informacje wymagane w Części III lit. A JEDZ (w zakresie przestępstw o których mowa w art. 115 § 20 KK, art. 165a KK, art. 189a KK, art. 228 230a KK, art. 250a KK, art. 258 KK, art. 286 KK, art. 299 KK, przestępstwa skarbowe, art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, w art. 54 ust. 1 - 4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, informacje wymagane w Części III lit. D wiersz pierwszy JEDZ (w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 9 ust. 1-3 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r.

o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej) oraz informacje wymagane w Części III lit. D JEDZ (w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 270 - 277d KK, art. 296 - 307 KK, z wyjątkiem art. 299 KK);

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3) PZP – informacje wymagane w Części III lit. B JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 4) PZP – informacje wymagane w Części III lit. D JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP – informacje wymagane w informacji wymagane w Części III lit. C wiersz czwarty JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 6) PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz szósty JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz drugi JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5) PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz trzeci JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz siódmy JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego - informacje wymagane w Części III lit. D - Inne podstawy wykluczenia

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia - w Części IV Zamawiający żąda jedynie ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji (sekcja α), bez wypełniania poszczególnych Sekcji A, B, C i D;

- na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 5k – oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie, o którym mowa w art. 5k rozporządzenia Rady (UE) Nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r.

w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) Nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizujących sytuację na Ukrainie – (wzór oświadczenia Wykonawcy dotyczącego przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 stanowi załącznik nr 9 do SWZ), Oświadczenie to powinno zostać sporządzone pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Dodatkowo w JEDZ należy podać informacje:

- określone w Części II litera A - Informacje na temat Wykonawcy,

- określone w Części II litera C:- Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów,

- określone w Części II litera D:-Informacje dotyczące Podwykonawców, na których zdolności

Wykonawca nie polega,

- określone w Część IV Sekcja C pkt 10 dotyczące podwykonawstwa,

- oświadczenia końcowe Część IV JEDZ.

oraz

(...)

g) oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy,

- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

- art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy,

- art. 109 ust. 1 pkt 5,7 ustawy

Przystępujący złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym nie wskazał, że podlega wykluczeniu.

W dniu 25 sierpnia 2023 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo, w którym wskazał, że oferta przystępującego w jednym z postępowań prowadzonych przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący przedstawił w treści pisma okoliczności, które w jego ocenie powinny doprowadzić do zastosowania wobec przystępującego art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, o których mowa w rozdziale 5 pkt 5.1.8 SWZ.

Zamawiający pismem z dnia 6 września 2023 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia złożonego na formularzu JEDZ. W treści wezwania zamawiający wskazał m. in. że:

W JEDZ wykonawca złożył oświadczenie, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 PZP. Zamawiający pozyskał informacje, że Wykonawca ubiegał się o zamówienie publiczne na Uniwersytecie Technologiczno - Humanistycznym w Radomiu, gdzie został odrzucony jak podano w uzasadnieniu, że "w wykazie dostaw i załączonym liście referencyjnym nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, czym naraził się na zastosowanie wobec niego przesłanki złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji".

Z uwagi na powyższe należy wyjaśnić:

- okoliczności powyższej sytuacji
- dlaczego Wykonawca w części III JEDZ zaznaczył odpowiedź "NIE"

Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwania pismem z dnia 7 września 2023 r. W treści wyjaśnień przystępujący wskazał m. in.:

W odniesieniu do sytuacji, która miała miejsce na Uniwersytecie Technologiczno-Humanistycznym w Radomiu: informujemy, że trwa obecnie spór dotyczący tej decyzji,

z którą się nie zgadzamy. Wskazane przez Zamawiającego z Radomia zarzuty uważamy za podjęte bez posiadania pełnych informacji. Przekazanie pełnych informacji jest utrudnione ze względu na umowę NDA z podmiotem przedstawiającym referencje oraz brakiem zgody na udostępnienie pozostałych dokumentów i do momentu otrzymania zgody nie możemy ujawnić pełnych okoliczności.

W odniesieniu do oświadczeń złożonych na formularzu JEDZ: wszystkie wprowadzone przez nas informacje są zgodne z prawdą. Informacje podane w formularzu JEDZ, zwłaszcza w części III, są precyzyjne i odnoszą się do wszystkich wymaganych punktów określonych w SWZ.

Część III lit. A JEDZ: Brak wyroków skazujących za przestępstwo, więc odpowiedź NIE jest prawidłowa.

Część III lit. B JEDZ: Wszystkie płatności podatkowe oraz składki na ubezpieczenie społeczne są uregulowane, więc odpowiedź NIE jest prawidłowa.

Część III lit. C JEDZ: Nie zachodzą żadne podstawy do wykluczenia związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, więc odpowiedź NIE jest prawidłowa. Nawet jeśliby uznać stanowisko Zamawiającego, na którego się Państwo powołują to byłby to wiersz ostatni, który nie był wymagany do wypełnienia zgodnie z SWZ, który cytuje poniżej. Jeśli uznać nasze stanowisko to odpowiedź NIE jest prawidłowa.

Część III lit. D JEDZ: Nie zachodzą żadne podstawy do wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym: „Czy mają zastosowanie podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym określone w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia?”. Zamawiający wskazał podstawy wykluczenia art. 108 ust. 1 PZP oraz w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5,7 PZP, a nie 8 lub 10, których mogłaby dotyczyć sytuacja na którą się Państwo powołują, więc odpowiedź NIE w każdym wypadku jest prawidłowa

Zamawiający w dniu 8 września 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu II. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 17 ust. 2 Pzp – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) 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;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.;

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

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 110 ust. 3 Pzp – Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności,

o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.;

- art. 126 ust. 3 Pzp – Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.;

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do zarzutu z pkt 2 *petitum* odwołania, który dotyczył naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp. W kontekście tego zarzutu Izba stwierdziła, że z treści SWZ jednoznacznie wynikało, że zamawiający nie wskazał, że będzie stosował fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Jak wynikało z pkt 5.1 SWZ zamawiający spośród fakultatywnych podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 Pzp, zastosował przesłanki wymienione w pkt 4, 5 i 7. Z uwagi na powyższe nie było możliwe odrzucenie oferty przystępującego na podstawie przesłanek, które nie zostały w postępowaniu określone.

Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 14 marca 2023 r. sygn. akt KIO 575/23, przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Tym samym przedmiotowy zarzut nie mógł znaleźć potwierdzenia. Zamawiający nie mógł bowiem naruszyć tego przepisu przez zaniechanie wykluczenia przystępującego,

skoro z SWZ wyraźnie wynikało, że zamawiający nie ustanawiał przesłanki wykluczenia wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Obowiązek wskazania fakultatywnych przesłanek wykluczenia w treści SWZ (jeśli zamawiający je przewiduje) – wynika bezpośrednio również z dyspozycji art. 134 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący próbował wykazywać zastosowanie w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp przez zwrócenie uwagi na te fragmenty SWZ, które odnosiły się do procedury self-cleaningu. W ocenie składu orzekającego zamawiający w punkcie 5 SWZ (w podpunktach od 5.1.8 do 5.1.10) po prostu przytoczył przepisy Pzp odnoszące się generalnie do procedury samooczyszczenia tj. zacytował treść art. 110 ust. 2 i 3 Pzp. Przywołane powyżej punkty SWZ należało potraktować jako mające charakter wyłącznie informacyjny dla wykonawcy, co nie oznaczało, że wszystkie przesłanki określone w tym przepisie były w postępowaniu precyzowane. Jak ustalono powyżej przesłanki fakultatywnego wykluczenia z prowadzonego postępowania były sprecyzowane w punkcie 5.1 SWZ, a tam nie sformułowano przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Ponadto brak sformułowania przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp potwierdził również, wykaz podmiotowych środków dowodowych, które były żądane przez zamawiającego, a które zostały określone w pkt 6 SWZ. Zamawiający w pkt 6.1 lit. g) SWZ nie wymienił przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Co istotne we wcześniejszej treści pkt 6.1 SWZ zamawiający dokładnie określił, które fragmenty JEDZ (wypełniane przez wykonawców) miały odnosić się do zastosowanych fakultatywnych przesłanek wykluczenia. W treści tego fragmentu SWZ wymienione zostały jedynie przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 Pzp, co było zgodne z informacją podaną

w pkt 5.1 SWZ. Tym samym Izba oceniła, że postanowienia dotyczące zastosowania przez zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia były jednoznaczne i spójne ze sobą oraz nie przewidywały zastosowania przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Na marginesie skład orzekający uznał, że nawet jeśli postanowienia pkt 5.1.8 i 5.1.9 SWZ wprowadzały niejednoznaczność w zakresie treści SWZ, odnoszącą się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia (z czym Izba się nie zgadza) to, mając na uwadze ugruntowaną

w orzecznictwie zasadę rozstrzygnięcia niejednoznacznych postanowień SWZ na korzyść wykonawców, i tak niejednoznaczność tą należałoby interpretować na korzyść przystępującego, ponieważ to on byłby tym wykonawcą, który miałby ponieść negatywne konsekwencje niejasnych postanowień SWZ. W związku z tym nawet jeśli przyjąć, że postanowienia w powyżej wskazanym zakresie były niejednoznaczne to przystępujący miał prawo założyć, że zamawiający nie przewidział w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Bez znaczenia pozostawała przy tym inna okoliczność na którą powołał się odwołujący, tj. okoliczność zaznaczenia przez zamawiającego w dokumencie JEDZ, tj. w części III pkt C – podstawy związane z niewyplacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi – odpowiedzi „NIE” w związku z postawionym tam pytaniem. Po pierwsze w pkt 6.1 SWZ zamawiający w zgodzie z ustanowionymi przez siebie przesłankami wskazał wprost, które części JEDZ podlegają uzupełnieniu. Jak wynika z zawartej tam instrukcji wypełnienia JEDZ – zamawiający nie wymagał podania informacji dotyczących przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, za to wymagał wypełnienia JEDZ w zakresie przesłanek obligatoryjnych i fakultatywnych wprowadzonych do SWZ (art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 oraz 7 Pzp). Po drugie i najważniejsze, cała argumentacja odwołującego opierała się o okoliczność odrzucenia oferty przystępującego w innym postępowaniu tj. postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, na dostawę wraz z montażem

i uruchomieniem drukarki 3D do druków z proszków metalicznych wraz z osprzętem (znak sprawy: AP-26-12d/23/E). Jak wynikało z uzasadnienia odwołania oraz dowodów złożonych przez odwołującego oferta przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, została odrzucona wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tym samym w stosunku do przystępującego, w związku z odrzuceniem jego oferty w tamtym postępowaniu, nie miały zastosowania przepisy art. 111 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, określające dwuletni lub roczny okres wykluczenia w zależności od stwierdzonego naruszenia. Powyżej wskazane przepisy miałyby zastosowanie gdyby Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu w prowadzonym przez siebie postępowaniu odrzucił ofertę przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w efekcie ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Przystępujący miałby obowiązek zaznaczenia odpowiedzi TAK w części III pkt C JEDZ (tj. pytaniu podanym w uzasadnieniu odwołania), gdyby zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp oraz jednocześnie w postępowaniu Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu oferta przystępującego zostałaby odrzucona ze względu na wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Żadna z powyżej określonych okoliczności nie miała miejsca w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy tym samym skład orzekający nie miał powodów do uznania, że przystępujący wypełnił JEDZ nieprawidłowo lub zawarł w nim nieprawdziwe informacje.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, podniesiony w pkt 3 *petitum* odwołania. Skoro przystępujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania

w związku z oddaleniem wcześniejszego zarzutu, to siłą rzeczy jego oferta nie mogła zostać odrzucona z tego powodu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, który został wskazany w pkt 4 *petitum* odwołania skład orzekający ustalił, że okolicznością bezsporną był fakt odrzucenia oferty przystępującego postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu. Powyższe nie wpływało jednak na aktualnie toczące się postępowanie prowadzone przez zamawiającego. Sankcja odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji przy jednoczesnym braku ustanowienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, mogła być rozważana w zakresie bieżącego postępowania, a nie każdego kolejnego. Innymi słowy, gdyby zamawiający został wprowadzony w błąd w tym postępowaniu – np. w zakresie warunków udziału w postępowaniu lub zastrzeżonych przez niego podstaw wykluczenia lub uzyskania punktacji w ramach kryteriów pozacenowych lub zgodności treści oferty z warunkami zamówienia (co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca) przy jednoczesnym zaniechaniu stosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp – to mógłby rozważać odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie mającym wpływ na wynik postępowania. Tym samym nie było możliwe odrzucenie oferty za czyn, który miał miejsce podczas

prowadzenia innego postępowania. Należy przy tym wskazać, że art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga, by odrzucona oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Podobna sytuacja nie mogła mieć miejsca z uwagi na brak zaistnienia „warunków czynu nieuczciwej konkurencji” przy składaniu przez przystępującego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Powyższej wykładni nie tylko nie przeczy, ale pozostaje z nią w zgodzie zacytowane w odwołaniu orzeczenie z dnia 21 stycznia 2022 r.

o sygn. akt KIO 5/22. Należy wyjaśnić, że orzeczenie to zostało wydane w innym stanie faktycznym. Z treści uzasadnienia powyższego wyroku wynikało, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jest możliwe przy braku zastrzeżenia podstaw wykluczenia dotyczących wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale nie ma ono charakteru automatycznego, gdyż podlega każdorazowo ocenie oraz tylko przy założeniu wprowadzenia w błąd w bieżącym postępowaniu.

Odwolujący w piśmie złożonym na posiedzeniu niejawnym zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu przystępujący dwukrotnie przedstawił nieprawdziwe informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, tj.:

- najpierw w formularzu JEDZ, odpowiadając na pytanie w zakresie wprowadzenia w błąd co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzję w sprawie wykluczenia lub udzielenia zamówienia – zaznaczając odpowiedź „NIE”;
- następnie – na wezwanie zamawiającego odnośnie do rozbieżności w oświadczeniu złożonym w JEDZ, a stanem faktycznym zaistniałym w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu – wyjaśniając, że trwa obecnie w tej sprawie spór.

Łzba uznała, że przystępujący wypełniając JEDZ w zakresie wskazanym przez odwołującego nie wprowadził zamawianego w błąd. Stanowisko Łzby w tej kwestii zostało szczegółowo przedstawione powyżej, przy okazji uzasadnienia dla zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania, przez co nie było potrzeby powielania go w tym miejscu.

Kolejna kwestia dotyczyła informacji podanej przez przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 7 września 2023 r. Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że *W odniesieniu do sytuacji, która miała miejsce na Uniwersytecie Technologiczno-Humanistycznym w Radomiu: informujemy, że trwa obecnie spór dotyczący tej decyzji, z którą się nie zgadzamy. Wskazane przez Zamawiającego z Radomia zarzuty uważamy za podjęte bez posiadania pełnych informacji. Przekazanie pełnych informacji jest utrudnione ze względu na umowę NDA z podmiotem przedstawiającym referencje oraz brakiem zgody na udostępnienie pozostałych dokumentów i do momentu otrzymania zgody nie możemy ujawnić pełnych okoliczności.* Tymczasem odwołujący przedstawił na posiedzeniu niejawnym dowód tj. pismo pochodzące z Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego

w Radomiu, które potwierdzało, że pomiędzy tym podmiotem a przystępującym nie ma sporu dotyczącego odrzucenia oferty tego drugiego w jednym z postępowań. Zdaniem odwołującego, przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd wskazując, że pomiędzy nim a Uniwersyteciem Technologiczno-Humanistycznym im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu trwa spór związany z czynnością odrzucenia jego oferty.

W ocenie składu orzekającego treść wyjaśnień przystępującego z dnia 7 września 2023 r. nie jest tak jednoznaczna jak chciałby tego odwołujący. Nie można z nich ostatecznie stwierdzić kogo przystępujący miał na myśli mówiąc o trwającym sporze (Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu czy też holenderską spółkę). Jednakże nawet uznając, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd co do tego, że pozostaje w sporze z Uniwersyteciem Technologiczno-Humanistycznym im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu to i tak okoliczność ta, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, nie mogła skutkować odrzuceniem oferty przystępującego w tym postępowaniu jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze nieprawdziwa informacja dotyczyła innego postępowania. Po drugie dotyczyła ona kwestii, które nie miały wpływu na proces badania i oceny oferty przystępującego. Odwołujący

w piśmie złożonym na posiedzeniu niejawnym przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu nie określono warunków udziału w postępowaniu, ani też nieprawdziwe informacje nie miały wpływu na przyznawaną punktację, co wskazuje, że odwołujący nie był w stanie wyjaśnić

w jaki sposób nieprawdziwa informacja wpłynęła na wynik postępowania. Po trzecie nie każda informacja wprowadzająca w błąd stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co taka informacja nie staje się automatycznie powodem do odrzucenia oferty. Podlega ona badaniu z uwzględnieniem okoliczności sprawy. W ocenie składu orzekającego w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w kontekście argumentacji podniesionej przez odwołującego, zarzut podniesiony w pkt 4 *petitum* odwołania nie mógł zostać uwzględniony.

Dodatkowo argumentacji odwołującego nie potwierdziły złożone przez niego dowody. Dotyczyły one albo okoliczności bezspornych tj. odrzucenia oferty przystępującego w innym postępowaniu, albo okoliczności irrelevantnych dla rozstrzygnięcia tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie toczącego się sporu pomiędzy przystępującym, a Uniwersyteciem Technologiczno-Humanistycznym im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu.

Mając na uwadze powyższe Łzba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Oddalony został także zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 110 ust. 3 w zw. z art. 126 ust. 3 Pzp. Odwołujący stwierdził, że *Zamawiający, powinien, o ile uznałby, że konieczne jest pozyskanie dodatkowych informacji, wezwać Wykonawcę X3D Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień, w tym przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mającego na celu ustalenie czy Wykonawca spełnił łącznie przesłanki, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Zaś w przypadku potwierdzenia ziszczenia się wobec X3D Sp. z o.o. przesłanek wykluczyć tego Wykonawcę z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (tzw. procedura self-cleaning), a we wcześniejszym postępowaniu, prowadzonym przez innego Zamawiającego posługując się tzw. podrobionym dokumentem (nieprawdziwymi referencjami) wprowadził Zamawiającego w błąd w celu uzyskania pozytywnej weryfikacji przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W ocenie składu orzekającego sam fakt, że w innym postępowaniu oferta przystępującego została odrzucona – dla przedmiotowego postępowania nie miał żadnego znaczenia. Wynikało to z faktu braku ustanowienia przesłanki wykluczenia w postaci wprowadzenia

w błąd. Dalszy proponowany tok postępowania, czyli wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – również nie mógłby nastąpić ponieważ zamawiający nie może wykluczyć

z postępowania żadnego wykonawcy na podstawie przesłanki fakultatywnej, której nie przewidywał w SWZ.

W konsekwencji oddalenia wszystkich opisanych powyżej zarzutów, oddaleniu podlegały także zarzuty naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 239 Pzp, podniesione odpowiednio w pkt 1 i 6 *petitum* odwołania. Zdaniem składu orzekającego przedmiotowe zarzuty miały charakter wynikowy do wcześniejszych zarzutów i nie mogły zostać uwzględnione w

sytuacji oddalenia pozostałych zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....