Sygn. akt: KIO 2298/23

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego – **BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Al. Jerozolimskie 155 U3, 02-326 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

przy udziale

Wykonawcy **ECM Group Polska Spółka Akcyjną** Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1Oddala odwołanie.
2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605) 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:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2298/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Olsztynie, w trybie podstawowym na *pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 65 na odcinku Gąski – Ełk (Zadanie nr 4) oraz na odcinku Nowa Wieś – granica województwa (zadanie nr 7)”*(sygn. postępowania: O/OL.D-3.2411.2.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.08.2023 r.,2023/S 072-219284, wobec czynności polegających na wykluczeniu z postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało w dniu 03.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. (sygn. akt KIO 2298/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust.1 pkt 2) a) w związku z art. 109 ust.1 pkt 7) i art. 111 pkt 4) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na to, że Odwołujący nie odwołał się od czynności wykluczenia przez SGGW w dniu 27.01.2023 roku, podczas, gdy brak takiego odwołania nie może stanowić o czynności wykluczenia, a wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający powinien zbadać, czy zaistniały łącznie wszystkie przesłanki z art. 109 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, czego zamawiający nie uczynił, a oparł swoje wykluczenie tylko i wyłącznie na niezakwestionowaniu wykluczenia w dniu 27.01.2023 roku,
2)art. 226 ust.1 pkt 2 lit a w związku z art. 109 ust.1 pkt 9) i art. 111 pkt 4-6 i 110 ust.3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie Odwołującego z uwagi na bezprawny wpływ lub próbę bezprawnego wpływu, podczas, gdy Zamawiający nawet nie pokusił się o wskazanie pierwszej części tego przepisu, to jest nawet wskazania, jaki to bezprawny wpływ lub próba wpływu przez Odwołującego na Zamawiającego miała miejsce, w przypadku gdy nie tylko nie wypełniła się dyspozycja tego przepisu, ale Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania naruszenia danej normy, a ponadto jeśli uznać jak twierdzi zamawiający tożsamość norm – art.109 ust.1 pkt 8), 9) czy 10) ustawy Pzp, które Odwołujący stawia na równi to Odwołujący także i w tym zakresie podkreśla skuteczność

swojego samooczyszczenia (plik z 14.07.2023),

3) art. 226 ust.1 pkt 2 lit a w związku z art. 109 ust.1 pkt 8 i 10) ustawy Pzp i art. 111 pkt 4-6 i 110 ust.3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że został w poprzednich postępowaniach skutecznie wykluczony, (co sam przyznał), z uwagi na to, że nie upłynęły okresy wykluczenia, a także z uwagi na przeprowadzenie samooczyszczenia według jednego schematu, pomimo, iż sam fakt wykluczenia z przeszłych postępowań nie może być przyczyną wykluczenia, a zamawiający w ogóle nie ocenił w sposób obiektywny samooczyszczenia wykonawcy,
4) art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia,
5) art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż powinna być wybrana oferta Odwołującego,
6) art. 128 ust.4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie co do samooczyszczenia wykonawcy i zadanie pytań w celu rozwiania wątpliwości, a arbitralną ocenę wyjaśnień i przyjęcie faktów, które w żaden sposób z samooczyszczenia Wykonawcy nie wynikają

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualne nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie jego samooczyszczenia oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności odrzucenia jego oferty dokonanej w oparciu o kilka podstaw powiązanych z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 5 i 9, a także

W odniesieniu do podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego wskazując na brak możliwości oparcia decyzji wyłącznie na okoliczności, iż wykonawca ten został wykluczony w związku z tą podstawą z postępowania prowadzonego przez SGGW na „Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pod nazwą „Budowa obiektu laboratoryjno-diagnostycznego", od czego nie odwołał się w drodze środków ochrony prawnej. W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był dokonać samodzielnie oceny okoliczności faktycznych w celu potwierdzenia zaistnienia podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, które Odwołujący przedstawił wraz z oświadczeniem w JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu z tej podstawy. Decyzja o wykluczeniu w innym postępowaniu ma w ocenie Odwołującego wyłącznie znaczenie dla konkretnego zamawiającego, a nie w każdym kolejnym przetargu, w jakim składa ofertę.

W odniesieniu do podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nie wykazał bezprawności działania, bezprawności wpływu lub próby wpływu, czyli działania bezprawnego, a zatem sprzecznego z prawem. Zamawiający nie powołał także żadnego postępowania, w której wypełniła się dyspozycja tej normy wobec Odwołującego.

Również w zakresie podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, w ocenie Odwołującego Zamawiający powołując się na 3 postępowania, w których na tej podstawie wykonawca został wykluczony, tj. obwodnica Zabierzowa (22.11.2022), Innowacyjne Centrum Nauk Żywieniowych (SGGW – 27.01.2023 r.) oraz rozbudowa drogi nr 22 Czarlin – Knybawa (17.03.2023 r.). Co do postępowania dotyczącego Gąsek, w którym Zamawiający również wykluczył Odwołującego wniesione zostało odwołanie.

Odwołujący złożył samooczyszczenie w zakresie związanym z podstawami jego wykluczenia w postępowaniach w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Samooczyszczenie nie odnosi się do sytuacji dotyczących wykluczenia z postępowań, uznając podstawy do samooczyszczenia. Zamawiający negatywnie ocenił samooczyszczenie, z czym Odwołujący się nie zgadza i przedstawia warunki w jakich następuje składanie ofert, na co wpływ na przede wszystkim duża rotacja kadry. Odwołujący wskazał na podejmowane szkolenia w celu uniknięcia na przyszłość błędów przy przygotowaniu ofert, które prowadziły do wykluczenia z postepowań.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jako niezgodną z warunkami zamówienia w związku z wyceną poz. 2.2.16 i 2.2.17. Odwołujący uwzględnił pracę asystenta technologa w wymiarze 504 dniówek. Ponieważ funkcję tą pełnić miał jeden ze wspólników za zero złotych w formularzu cenowym nie funkcja ta nie została zawarta. Odwołujący założył, iż w ramach wszystkich dniówek na poszczególnych stanowiskach, będzie mógł wykorzystać te środki, również korzystając z przyjętej rezerwy w wysokości 180.000,00 zł. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Podobna sytuacja dotyczy stanowiska inżyniera ruchu/ specjalisty ds. kontaktów za społecznością sprawozdawczością. Odwołujący rozdzielił te funkcje z uwagi na różne kompetencje. Rozliczana ma być liczba faktycznie przepracowanych przez wskazaną osobę dniówek w danym miesiącu rozliczeniowym.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca ECM Group Polska S.A.

W dniu 16.08.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

W zakresie wskazanej podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Zamawiający przyjął, iż wykluczenie Odwołującego w dniu 27 stycznia 2023 r. z postępowania prowadzonego przez SGGW z tej podstawy jako współkonsorcjanta z dniem 7 lutego 2023 r. stało się ostateczne i wiążące w kolejnych postępowaniach przetargowych. Ponieważ odstąpienie od umowy nastąpiło 9 czerwca 2022 r., nie upłynął trzyletni okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 Ustawy. W tej sytuacji Odwołujący aby uniknąć wykluczenia powinien był złożyć samooczyszczenie w zakresie postępowania prowadzonego przez SGGW.

W zakresie podstawy wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy Odwołującego jest konsekwencją jego skutecznego wykluczenia z postępowania na *Pełnienie nadzoru realizacją zadania pn.: „Kontynuacja rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin – Knybawa"*prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Gdańsku.W postępowaniu tym BBC złożyło zaświadczenia z ZUS, po weryfikacji, których okazało się, że*(…) Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie jak i Zakład Ubezpieczeń Społecznych III Oddział w Warszawie, poinformowały Zamawiającego, że nie wydawały zaświadczeń o wskazanych numerach oraz datach ich wydania w odniesieniu do płatników składek BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Sp. z o.o. Sp. k. oraz P. Łukasza Zdziebłowskiego*(str. 40 pliku

zalaczniki_do_samooczyszczenia_spolka_komandyt znajdującego się w Załączniku nr 1 do niniejszej odpowiedzi). GDDKiA Oddział w Gdańsku uznała w tym stanie rzeczy, że działania podjęte przez BBC wypełniają między innymi przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Również wobec tego wykluczenia, co miało miejsce w dniu 17.03.2023 r. Odwołujący nie wniósł odwołania i stało się ono ostateczne. Ponieważ od momentu złożenia nieprawdziwych zaświadczeń nie upłynął okres trzech, lat konsekwencją wykluczenia z postępowania jest wykluczenie Odwołującego z obecnie prowadzonego postępowania.

Oceniając samooczyszczenie w zakresie podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy Zamawiający wskazał na cztery postępowania, w których doszło do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w toku rozprawy w sprawie KIO 2143/23 powziął wiedzę o jeszcze jednym postępowaniu, w którym doszło do wykluczenia Odwołującego na tej podstawie, tj. na *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok- Lubartów odc. Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy) – Radzyń Podlaski (węzeł Radzyń Podlaski Północ)”.*Od tej czynności również nie wniesiono odwołania i nie upłynął okres wskazany art. 111 pkt 6 Ustawy. Ma to świadczyć o nierzetelności samooczyszczenia złożonego Zamawiającemu, które miało uwzględniać informacje aktualne i zgodne z prawdą. Odwołujący w samooczyszczeniu kwestionował podstawy wykluczenia, co Zamawiający miał na uwadze oceniając skuteczność tego samooczyszczenia. Złożenie samooczyszczenia w stosunku do postępowania, w którym wykonawca kwestionuje swoje wykluczenie jest nieskuteczne i świadczy o instrumentalnym traktowaniu procedury.

W odniesieniu do wskazanej niezgodności oferty z warunkami zamówienia Zamawiający wskazał na formularz cenowy, w którym należało wycenić podaną ilość dniówek dla ekspertów wymienionych, w tym wskazanych w poz. 2.2.10 – asystent technologa (504 dniówki) oraz w poz. 2.2.15 – inżynier ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu) i specjalista ds. kontaktu ze społecznością i sprawozdawczości (519 dniówek). Formularz cenowy uległ zmianie poprzez dodanie poz. 2.2.10 i połączenie w poz. 2.2.15 dwóch wcześniejszych odrębnych. Odwołujący nie uwzględnił tych zmian w formularzu cenowym. Postąpił wbrew jednoznacznej wytycznej zawartej w pkt. 17.2 SWZ. W postanowieniu tym napisano, że *Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego*.

Pozycje 2.2.23, 2.2.24 i 2.2.25 FC są wsparciem technicznym Wydziału Technologii - Laboratorium Drogowego Zamawiającego w zakresie pomocy przy pracach związanych z wykonywaniem badań laboratoryjnych, badań terenowych, czynnościami techniczno – administracyjnymi w ramach kontroli jakości wykonywanych robót budowlanych oraz wsparciem biurowym i pomocniczym w zakresie wykonywania prac niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania kancelarii laboratorium polowego. W związku z tym, personel ten nie jest przewidziany do dyspozycji Inżyniera Kontraktu.

Zamawiający świadomie scalił pozycje inżyniera ruchu/specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i sprawozdawczością, ponieważ są to stanowiska wymagające pracy zarówno w terenie, jak i czynności administracyjnych. Przy realizacji inwestycji na DK65 zad. 4 (Gąski - Ełk) i zad. 7 (Nowa Wieś Ełcka - gr. woj.), które będą realizowane bez zamknięcia drogi (pod ciągłym ruchem wahadłowym), sytuacje konfliktowe ze społecznością będą miały miejsce na płaszczyźnie funkcjonowania tymczasowej organizacji ruchu. Wobec powyższego, połączenie obowiązków inżyniera ruchu oraz specjalisty ds. kontaktów ze społecznością i sprawozdawczością jest w pełni uzasadnione. Powiązanie tych funkcji miało na celu pełne wykorzystanie potencjału osoby zajmującej to stanowisko i pełne jej zaangażowanie, a tym samym obniżenie kosztów usługi.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. (dalej jako BBC) oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający w pkt 9 IDW przewidział, jako podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 109 Ustawy fakultatywne przesłanki, w tym wskazane w ustępie 1 pkt 7, 8, 9 i 10. W pkt 9.3 wskazał również, iż w zależności od zaistniałej podstawy (obligatoryjnej i fakultatywnej) wykluczenie następuje na odpowiedni okres wskazany w art. 111 Ustawy. Pkt 9.5 i 9.6 IDW dotyczą procedury samooczyszczenia mającej zastosowanie do wykonawców podlegających wykluczeniu, w tym wskazanych fakultatywnych podstawach wykluczenia.

Odwołujący w formularzu JEDZ w części III (podstawy wykluczenia), lit. C w odpowiedzi na pytanie*Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia,* zaznaczył odpowiedź NIE.

Na pytania:

- 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?

- 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?

udzielił odpowiedzi twierdzących „TAK”.

Ponadto, Odwołujący jako opis wskazał na samooczyszczenie BBC, wyjaśnienia BBC wraz z załącznikami. Załączone samooczyszczenie dotyczy przypadków wykluczenia BBC z postepowań na podstawie fakultatywnej przesłanki dotyczącej wprowadzenia w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy i wcześniej art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp).

Wyjaśnienia załączone przez BBC zawierają*oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia przez zamawiających oświadczeń o odstąpieniu od umowy.* Prezentują one szczegóły związane z umowami, od których odstąpili zamawiający lub złożyli oświadczenia o ich wypowiedzeniu, które w ocenie Odwołującego wskazywać miały, iż nie mogły one wywierać skutku prawnego z uwagi na prawidłową realizację umów. Odwołujący wskazał, iż w świetle okoliczności w jakich doszło do wypowiedzenia umów nie może przyznać się do poważnego wykroczenia w formularzu JEDZ, gdyż zdarzenia te w ocenie BBC nie miały w rzeczywistości miejsca – zamówienia były realizowane w sposób należyty a oświadczenia o odstąpieniu od umów złożone przez zamawiających były niezasadne, zaś same okoliczności realizacji zamówienia pozostają pomiędzy stronami sporne. Załącznikiem do pisma jest zbiór korespondencji dotyczących wskazanych spraw.

W piśmie z 14.07.2023 r. BBC złożył oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia w związku z faktem wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Krakowie (wykluczenie z 22.11.2022 r.), postępowaniu prowadzonym przez SGGW (wykluczenie z 27.01.2023 r.), GDDKiA Oddział w Gdańsku (wykluczenie z 17.03.2023 r.), GDDKiA Oddział w Olsztynie (wykluczenie z 11.07.2023 r. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7-10 – postępowanie Gąski).

W dniu 24.07.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucił ofertę Odwołującego:

1) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Na podstawie zaktualizowanego samooczyszczenia z 14.07.2023 r. Zamawiający uznał, iż

- w dniu 27 stycznia 2023 r. SGGW w Warszawie wykluczyła BCC z uwagi na nieprawidłową realizację wcześniejszej umowy, co skutkowało odstąpieniem od niej przez SGGW;
- z dniem 7 lutego 2023 r. wykluczenie dokonane przez SGGW stało się skuteczne;
- od odstąpienia od umowy przez SGGW nie upłynął trzyletni okres wskazany w art. 111 ust. 4 ustawy Pzp, a BBC nie pojęło nawet próby przeprowadzenia samooczyszczenia w stosunku do tego przypadku.

2) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 w zw. z art. 111 pkt 4-6 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał, iż przeprowadzona procedura samooczyszczenia była niedostateczna, gdyż podjęte działania naprawcze są niewystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego. Wykonawca kwestionuje zaistnienie podstaw wykluczenia, co wynika z załączonej korespondencji prowadzonej z zamawiającymi.

Zamawiający wskazał w podsumowaniu, iż:

- w 4 przypadkach zostało skutecznie wykluczone z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt. 9 lub pkt 10 ustawy Pzp;
- nie upłynęły okresy wykluczenia o których mowa w art. 111 pkt 4 lub pkt 5 lub pkt 6 ustawy Pzp;
- BBC pomimo braku skuteczności (o czym świadczą kolejne wykluczenia z postępowań) ciągle przeprowadza samooczyszczenie według jednego schematu (wyjaśnienia - kontrola komisji ds. badania ofert - szkolenie), którego celem jest jedynie stworzenie wrażenia, że BBC podejmuje działania służące „naprawieniu” swojego postępowania.

3) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy – w związku z brakiem wyceny wszystkich pozycji wymienionych w formularzu cenowym, tj. dla asystenta technologa (504 dniówki) oraz inżynier ruchu (w tym SZR oraz organizacji ruchu) kontaktów ze społecznością i sprawozdawczości (519 dniówek).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest prawidłowa tak zarówno w odniesieniu do oceny podmiotowej Wykonawcy, jak i zgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do oceny związanej z badaniem przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania, skład orzekający uznał, iż dla potwierdzenia zasadności żądania przywrócenia do oceny oferty koniecznym było wykazanie przez Odwołującego, iż żadna z podstaw wykluczenia wobec niego nie zachodziła. Ponieważ Zamawiający wykluczył Wykonawcę, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę, w zbiegu z kilkoma przesłankami z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8, 9 i 10 Ustawy, potwierdzenie chociażby jednej z tych podstaw prowadziło do uznania prawidłowości dokonanej oceny. Jednocześnie należy zauważyć, iż zdarzenia mające uzasadniać wykluczenie Odwołującego związane były przede wszystkim z realizowanymi wcześniej umowami, które nie zostały wykonane w związku z ich rozwiązaniem przed czasem (odstąpieniem, wypowiedzeniem), jak również stwierdzonymi przez innych zamawiających podstawami wykluczenia w związku z oświadczeniami i dokumentami składanymi w postępowaniach (JEDZ i zaświadczenie z ZUS). Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania opierał się przede wszystkim na ustaleniu, iż Odwołujący będąc wykluczanym w postępowaniach w związku z przesłankami wskazanymi w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy nie wnosił środków ochrony prawnej, a w związku z okresem na jaki to wykluczenie następowała w świetle art. 111 Ustawy, uznawał się związany rozstrzygnięciem w zakresie przesłanek. Jednocześnie Odwołujący nie podejmował środków w celu samooczyszczenia i wnioskował o samodzielną ocenę okoliczności opisanych w dokumencie załączonym do JEDZ. Ponadto, przedmiotem sporu pomiędzy stronami była ocena skuteczności procedury samooczyszczenia podjętej w odniesieniu do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustaw.

Tym samym skład orzekający odniósł się do uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie wskazanym w informacji przekazanej wykonawcom, uwzględniając argumentację stron prezentowaną w pismach procesowych oraz na rozprawie.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający w sposób poprawny wywiódł z oświadczeń i wyjaśnień BBC, iż Wykonawca

nie przyznaje się do odpowiedzialności za zdarzenie, które prowadziły do jego wykluczenia w styczniu 2023 r. z postępowania prowadzonego przez SGGW na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy (pierwsza podstawa odrzucenia oferty). Odwołujący w oświadczeniu w JEDZ zaprzeczył, aby występowała podstawa do wykluczenia w odpowiedzi na pytanie powiązane z przesłanką ustawową. Ponadto, skład orzekający uznał, iż załączone do oświadczenia w JEDZ informacje o kwestiach spornych faktycznie wskazują na zaprzeczenie wystąpienia rzeczywistego uzasadnienia dla wykluczenia Odwołującego w marcu 2023 r. z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Gdańsku, w oparciu o przesłankę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 9 (druga podstawa odrzucenia oferty Odwołującego). Odwołujący wprawdzie w oświadczeniu w JEDZ udzielił odpowiedzi twierdzącej, to w załączonym dokumencie prezentował odmienną ocenę zasadności dokonanego wykluczenia, które było ostatecznym dla wykonawcy w zakończonej procedurze przetargowej.

Odwołujący w odniesieniu do podstawy odrzucenia związanej z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy sprowadzał swoją argumentację do twierdzenia, iż dla ustalenia wystąpienia przesłanek objętych tymi przepisami konieczne jest dokonanie samodzielnie przez Zamawiającego ich weryfikacji, niezależnie od ustalenia, że podstawa ta znalazła zastosowanie wobec Odwołującego w innym postępowaniu przetargowym. Odwołujący traktował zatem możliwość uznania, iż podlega wykluczeniu w oparciu o wskazane podstawy prawne jako prerogatywę konkretnego zamawiającego w konkretnym postępowaniu, co miałoby nakładać na każdego zamawiającego obowiązek szczegółowej analizy informacji spornych pomiędzy stronami, które Odwołujący prezentował nie przyznając się jednocześnie do deliktu, który został stwierdzony w innym postępowaniu przetargowym.

Tym samym Odwołujący nie uznawał się za odpowiedzialnego naruszenia, które doprowadziło do odrzucenia jego oferty w innych postępowaniach i nie korzystał z możliwości samooczyszczenia. Procedura ta była natomiast przyjęta i wdrożona u Wykonawcy w zakresie związanym z podstawą wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy (wprowadzenia zamawiającego w błąd).

Ponieważ Odwołujący został wykluczony ze zbiegu różnych podstaw prawnych przyjęcie, iż co najmniej jedna z nich miała uzasadnienie prowadzić musiało do stwierdzenia, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy była prawidłowa. Jednocześnie zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy opierany był na wspólnym argumencie i podobnym stanie faktycznym i prawnym, gdyż wspólnym uzasadnieniem dla wykluczenia było stwierdzenie, iż w innych postępowaniach ziściły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego, co nie zostało zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej i przy braku upływu okresu na jaki wykonawca został z tej podstawy wykluczony, Zamawiający uznawał, iż jest związany tą oceną, jako ostateczną.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, a wnioski Odwołującego o potrzebie dokonywania samodzielnej oceny przez każdego kolejnego zamawiającego sytuacji wykonawcy wobec okoliczności, które zostały już ocenione jako wyczerpujące przesłanki wykluczenia w postępowaniu, prowadziłoby do wypaczenia celu ustawy, jakim jest wykluczenie na okres wskazany w art. 111 Ustawy wykonawcy wobec którego wystąpiły podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 i inne objęte tą regulacją. Prowadzić musiałoby to bowiem do uznania, iż czynność wykluczenia w danym postępowaniu będzie wywoływać skutek na przyszłość tylko w sytuacji gdy kolejny zamawiający tak samo oceni okoliczność, w jakich doszło do wykluczenia. Taka sytuacja naruszałaby tak cel jak i sens wprowadzenia przesłanki wykluczenia powiązanej z okresem karencji, na jaki to wykluczenie obowiązuje w przetargach prowadzonych na podstawie przepisów Ustawy. W sytuacji gdy zachowanie wykonawcy wyczerpujące przesłankę wykluczenia zostanie stwierdzone i wykazane przez zamawiającego w postępowaniu to decyzja tego zamawiającego wywołuje skutek dla sytuacji wykonawcy w przyszłych postepowaniach, w okresie na jaki ustawa wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy. Ustawa nie dopuszcza odstępstwa od stosowania okresu wykluczenia na jaki następuje ono w drodze decyzji zamawiającego, jeżeli stanie się ona ostateczna na skutek braku skorzystania z środków ochrony prawnej lub ich wyczerpania. Takie działanie przepisów potwierdzone zostało między innymi w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. XXIII Zs 15/23 wskazaniem, iż wykluczenie z postepowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 jest quasi sankcją karną, nie ogranicza się bowiem w swoich skutkach tylko do tego przetargu, w którym zostaje orzeczona, ale (poprzez art. 111 pkt 4) rozciąga się dalej w czasie na okres kolejnych 3 lat, wykracza więc poza odpowiedzialność czysto kontraktową (podobne stanowisko w wyroku sygn. akt XXIII Zs 71/22). Wartym przywołania jest również wyrok Sądu Zamówień Publicznych z dnia 15.04.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, w którym wprost wskazano na brak kognicji Izby do oceny zdarzeń, jakie wystąpiły we wcześniejszych postepowaniach, co do których nie składano nawet odwołań, jak i znaczenia prawomocnej decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy, co oznacza jednocześnie, iż zastosowanie znajdzie art. 111 Ustawy. Poza opisanym skutkiem decyzji danego zamawiającego o wykluczeniu stanowi ona dla wykonawcy jasny sygnał w jaki sposób należy sytuację tą uwzględniać w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zobowiązany jest w takiej sytuacji potwierdzić fakt podlegania wykluczeniu (jeżeli okres na jaki to wykluczenie następuje z mocy prawa nie upłynął), co pozwala na skorzystanie z samooczyszczenia. Tylko w przypadku, gdy zachodzi podstawa wykluczenia mechanizm ten może znaleźć zastosowanie (por. wyrok z 17.06.2022, sygn. XXIII Zs 71/22).

W stanie niniejszej sprawy Odwołujący udzielając odpowiedzi na jedno z pytań nie przyznał faktu podlegania wykluczeniu w oświadczeniu złożonym w JEDZ, zaprzeczając tym samym rzeczywistemu stanowi prawnemu w jakim się znajdował, a który wywołały decyzje zamawiających w innych dwóch postępowaniach.

Należy zauważyć, iż badanie czy w danym postępowaniu wykonawca nie dopuścił się naruszeń, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę wykluczenia jest czym innym, niż wskazanie na fakt podlegania wykluczeniu w związku z już przesądzoną oceną innego zamawiającego, wynikającą z innych zdarzeń i okoliczności. W sytuacji, gdy doszło do jego wykluczenia z postępowania ze skutkiem rozciągniętym w czasie, chcąc uniknąć wykluczenia w obecnym postępowaniu Odwołujący miał możliwość skorzystania z samooczyszczenia, to jednak wymagało przyznania faktu podlegania wykluczeniu. Utrzymywanie, iż sytuacja która miała miejsce przy realizacji umowy zawartej z SGGW nie wyczerpywała przesłanek wykluczenia oznaczała, iż Wykonawca nie poczuwa się do odpowiedzialności i nie widzi uzasadnienia dla samooczyszczenia.

Podobnie należy ocenić stanowisko co do braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Gdańsku powiązanych z przesłanką art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy. Odwołujący w tym zakresie jednak w oświadczeniu w JEDZ potwierdził swoją odpowiedzią fakt zaistnienia podstawy do jego wykluczenia w innym

postępowaniu, jedna w oświadczeniu stanowiącym wyjaśnienie okoliczności, prezentował wnioski odmienne, niż wynika to z samej odpowiedzi. Również w tym zakresie wykonawca nie korzystał z procedury samooczyszczenia i nie kwestionował ewentualnego istnienia zaniechania po stronie Zamawiającego w zakresie braku wezwania do jej przeprowadzenia w związku z udzieloną odpowiedzią.

Stanowisko Odwołującego co do zaistnienia podstaw wykluczenia objętych normą art. 109 ust. 1 pkt 7 i 9 Ustawy jest jednoznaczne i wskazuje, że w jego ocenie nie można traktować decyzji innych zamawiających jako wiążących dla jego sytuacji w obecnym postępowaniu. Swoje stanowisko w tym zakresie skład orzekający przedstawił powyżej.

Odnosząc się dalej do samej procedury samooczyszczenia, ograniczonej do przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy Izba podziela ocenę Zamawiającego, uznając, iż wskazane mechanizmy szkoleń pracowniczych, ukierunkowane wyłącznie na poprawne przygotowanie ofert w przetargach, nie oznacza, że ocena wiarygodności Wykonawcy mogła być odmienna. Można oczywiście zgodzić się z Odwołującym, iż błędy pracowników mogły być uzasadnieniem dla wyjaśnienia nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, to jednak nie jest to jedyne możliwe uzasadnienie. Równie wiarygodnym jest stwierdzenie, iż decyzja o tym jakiej treści oświadczenie należy złożyć podejmowana jest poza personelem i pochodzi od organu kierującego działalnością bieżącą. Ponadto, treść oferty podlegać powinna nadzorowi osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy, a z przedłożonych dowodów w postaci szkoleń nie wynika, czy obejmowały one osoby decyzyjne w organizacji przedsiębiorcy.

Przechodząc dalej do uzasadnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy poprzez odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, skład orzekający podziela stanowisko Zamawiającego. Prezentowane w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie argumenty strony zamawiającej znajdują oparcie w treści swz i jednoznacznego zakazu dokonywania zmian w zakresie pozycji formularza cenowego. Odwołujący swój błąd uzasadniał po pierwsze wskazaniem, iż uwzględnił pracę asystenta technologa w wymiarze 504 dniówek, gdyż funkcję tą pełnić miał jeden ze wspólników za zero złotych. Tym samym w formularzu cenowym nie została zawarta. Odwołujący założył, iż w ramach wszystkich dniówek na poszczególnych stanowiskach, będzie mógł wykorzystać te środki, również korzystając z przyjętej rezerwy w wysokości 180.000,00 zł. Ponadto, odnosząc się do potrzeby ujęcia w dwóch pozycjach funkcji połączonych przez Zamawiającego uzasadniał to rozbieżnym zakresem zadań.

Odnosząc się do tej argumentacji, skład orzekający przychylił się do wniosków Zamawiającego, w szczególności o potrzebie wyceny wszystkich funkcji w wymiarze dniówek wskazanych w formularzu cenowym. Przyjęcie stanowiska Odwołującego oznaczałoby nieporównywalność ofert, w których należało wycenić taką sam ilość stanowisk, a te były również powiązane z ilością dniówek przypisaną do funkcji. Na etapie oceny ofert nie mogą mieć znaczenia rysowane przez Odwołującego scenariusze wykorzystania części dniówek objętych kalkulacją cenową w zależności od rzeczywistych nakładów kadrowych, co oznaczałoby brak zachowania tych samych zasad oceny dla wszystkich wykonawców, jak i prowadziłoby do naruszenia uczciwej konkurencji, której gwarancją jest stosowanie ustalonych w postępowaniu warunków ofertowania. Dopuszczalne zmiany w treści oferty uzasadnione mogą być wyłącznie przypadkami opisanymi w Ustawie, chociażby w zakresie korekty omyłek i niezgodności oferty z warunkami zamówienia. To jednak nie stanowiło podstawy zarzutów, a tym samym należało przyjąć jasne wytyczne dla sporządzenia oferty, w szczególności w zakresie wyceny prac, jako rozstrzygające dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zgodnie z pkt 17.2 swz obowiązkiem wykonawcy była wycena każdej pozycji formularza cenowego.

W ocenie składu orzekającego, nie było w tych okolicznościach również podstawy do żądania złożenia wyjaśnień, które nie mogły zmienić jednoznacznej treści oferty. Wykonawca nie wykazywał nawet miało dojść do omyłki, czy też innego niezamierzonego błędu, a tym samym wyjaśnienia, do jakich miałby wezwać Zamawiający mogły prowadzić wyłącznie do przedstawienia tych argumentów, jakie podnosił Odwołujący w odwołaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……..