

**WYROK**  
**z dnia 25 sierpnia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **SIM Wrocław sp. z o.o., ul. Fabryczna 10, 53-609 Wrocław,** przy udziale wykonawcy **K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą 4IDEA K.S., ul. Złota 15/U5, 25-015 Kielce,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3,
2. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 4,
3. w pozostałym zakresie **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. odwołującego,
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: SIM Wrocław sp. z o.o., ul. Fabryczna 10, 53-609 Wrocław, i:
  - 4.1. 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,
  - 4.2. zasądza od zamawiającego SIM Wrocław sp. z o.o., ul. Fabryczna 10, 53-609 Wrocław, na rzecz odwołującego BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2346/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – SIM Wrocław sp. z o.o., ul. Fabryczna 10, 53-609 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1”, numer referencyjny: SIM/1/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.12.2022 r. nr 2022/S 239-689631.

W dniu 07.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k., Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego wskutek bezprawnego uznania, że względem odwołującego wystąpiły przesłanki wykluczenia,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4IDEA K.S. jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a sam wybór był co najmniej przedwczesny,
- 3) art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 4IDEA w sytuacji, gdy oferent ten podlega wykluczeniu w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd wskutek co najmniej lekkomyślności, co nie tylko mogło mieć, ale miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,
- 5) ewentualnie - art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, mimo że podstawa taka nie była wprost wyrażona w decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty, poprzez błędne uznanie, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd co do istnienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, gdy o wszystkich okolicznościach związanych z tą przesłanką zamawiający został przez odwołującego poinformowany, a odwołujący przeprowadził skuteczną procedurę samooczyszczenia, czego zamawiający nie zakwestionował,
- 6) ewentualnie - art. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty 4IDEA w sytuacji, gdy oferent ten dokonał modyfikacji treści oferty w sposób nieuprawniony, skutkujący przyjęciem przez zamawiającego innej punktacji jego oferty niż wynikająca z pierwotnego jej brzmienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„W związku z uznaniem odwołania przez Izbę *sprawa KIO 865/23 – przyp. KIO*, Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowił procedurę badania i oceny ofert. W wyniku ponownej oceny, Zamawiający kolejny raz wybrał ofertę 4IDEA, przyznając wykonawcy 90 pkt, a Odwołującego uznając za podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp i odrzucając jego ofertę z tego powodu.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że decyzję są opiera na następujących argumentach:

- 1) poinformowaniu Zamawiającego w piśmie z dnia 6 lipca 2023 r. o fakcie odstąpienia przez kilku zamawiających od umów zawartych z Odwołującym:
  - a) Umowa dotycząca opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki” Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna.
  - b) Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej” – w zakresie tej okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 665/22 orzekła, że okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia BBC z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

- c) Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. „Pomoc Techniczna – Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. „Gospodarka wodno-ściekowa w mieście Żyrardów – Etap III”.
- d) Umowa dotycząca wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie”. Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego,
- e) Umowa dotycząca opracowania dok. Projektowo – kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1” – Etap I,

które to pismo Zamawiający ocenił w oderwaniu, a nawet wbrew dokumentom złożonym z ofertą,

2) tezie, że Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji zasadności odstąpień oraz skutków procesowych podejmowanych przez Wykonawcę działań oraz oświadczeniu, że uznaje istnienie przesłankę wykluczenia jedynie na podstawie tego, że:

a) do odstąpienia od w/w umów doszło,

b) zamawiający powoływali się na przyczyny leżące po stronie Wykonawcy.

3) niezgodnym z prawdą stwierdzeniu, że w ramach rozpoznania sprawy o sygn. KIO 665/22 Izba nie dokonała rozstrzygającej oceny merytorycznej dla potrzeb kolejnych postępowań w odniesieniu do skutków prawnych odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w ramach przedmiotowego zadania, gdy w rzeczywistości taka ocena przez Izbę została wnikliwie dokonana,

4) niezgodnym z prawdą stwierdzeniu, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w pliku „Wyjaśnienia\_JEDZ\_BBC” dotyczą wyłącznie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, a nie dotyczą w ogóle przesłanki z pkt 7) tego przepisu, gdy w rzeczywistości Odwołujący informował o fakcie naliczenia mu kar umownych przez określonych zamawiających przedstawiając jednocześnie korespondencję z tymi zamawiającymi, która potwierdza, że kary umowne zostały naliczone bezzasadnie,

5) nieznajdującym poparcia w prawie stwierdzeniu, że Odwołujący zobowiązany jest informować w JEDZ o każdej okoliczności odstąpienia od umowy z wykonawcą,

6) uznaniu, że wobec Odwołującego wystąpiły przesłanki wykluczenia, w sytuacji, gdy Zamawiający ograniczył swoją ocenę wyłącznie do okoliczności odpowiednio naliczenia kary lub odstąpienia od umowy, bez refleksji nad tym, czy skutek taki wynikał z okoliczności leżących po stronie Odwołującego, co jest warunkiem koniecznym zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

(...) Odwołujący nie kwestionuje, że w niewielkim procencie zawieranych w toku działalności umów wystąpił skutek w postaci odstąpienia lub wypowiedzenia kontraktu przez określonego zamawiającego. Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie bierze jednak pod uwagę faktu najistotniejszego dla oceny sytuacji, a mianowicie że powody niewykonania umowy nie leżały po stronie Odwołującego. We wszystkich postępowaniach Odwołujący jest w sporze z zamawiającymi. Powyższe oznacza, że Zamawiający bez żadnej refleksji nad zaistniałymi okolicznościami, niejako automatycznie uznaje, że wystarczającym uzasadnieniem dla wykluczenia Odwołującego jest fakt, że w oświadczeniach o odstąpieniu lub rozwiązaniu umowy, składający oświadczenie zamawiający oświadczył, iż podyktowane jest to zawinionym działaniem Odwołującego. W tym miejscu należy wyjaśnić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyście wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy (...)

Obowiązkiem ustawowym Zamawiającego w procesie udzielenia zamówienia publicznego jest dążenie z należytą starannością do ustalenia czy wystąpiły przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w ramach posiadanych możliwości prawnych i narzędzi jakie mu przyznał ustawodawca. Jednocześnie Zamawiający zobowiązany jest wszelkie wątpliwości w zakresie stwierdzonego stanu faktycznego, których nie może rozwiązać z wykorzystaniem dostępnych mu narzędzi, rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Wynika to również z faktu, że wystąpienie przesłanek do negatywnej oceny oferty Odwołującego przez Zamawiającego musi zostać udowodnione. Brak konkretnych, jednoznacznych podstaw do przyjęcia negatywnej oceny oferty Odwołującego nie może zostać zastąpiony domniemaniami, czy też założeniem, że oświadczenia podmiotu publicznego zasługują na szczególne uznanie.

Kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7) ma charakter stricte sankcyjny. (...) Sankcyjny charakter omawianej regulacji nakazuje ścisłą jej interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Jakiegokolwiek wątpliwości należy w związku z tym rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szeroki katalog dowodów i oświadczeń, które pokazują okoliczności składania oświadczeń o odstąpieniu przez zamawiających. Z dowodów tych jasno wynika, że odstąpienia były dokonywane w sytuacji istnienia sporu pomiędzy stronami kontraktu, a przypadku wypowiedzenia SGGW, na które powołuje się Zamawiający w odrzuceniu oferty, czynność tego zamawiającego była następcza względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył Odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych. (...)

Odwołujący podnosi również, że Zamawiający niezgodnie z prawdą twierdzi, że mimo potwierdzenia w JEDZ, że 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, to nie przedstawił okoliczności z tym oświadczeniem związanych.

Odwołujący obok JEDZ złożył szereg dokumentów, z którymi widocznie Zamawiający się nie zapoznał lub zapoznał jedynie wybiórczo. W dokumentach tych wskazano: (...) Z tego powodu fałszywe jest twierdzenie Zamawiającego, że dopiero 6 lipca 2023 r. Odwołujący o okolicznościach takich poinformował. Zamawiający od samego początku miał szeroką wiedzę co do potencjalnych podstaw wykluczenia Odwołującego i stanowisku jakie Odwołujący zajmuje w tym przedmiocie.

Co istotne dla okoliczności niniejszej sprawy, problematyka dotyczy realnego problemu z jakim wykonawcy spotykają się w ramach uzupełniania JEDZ. Pytanie wiązane z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp brzmi inaczej niż sam przepis. Nie zawiera bowiem odniesienia do przyczyn prowadzących do zerwania umowy lub zasądzenia odszkodowania (a ściślej – do tego czy przyczyny te obciążają wykonawcę czy zamawiającego). Wykonawca uzupełniając zatem JEDZ odpowiada w szerszym zakresie niż dyspozycja powołanego przepisu. W tym zakresie Odwołującemu nie może być stawiany zarzut błędnego złożenia oświadczenia w formie JEDZ. Odwołujący odpowiedział bowiem zgodnie z prawdą, że okoliczności wskazane w pytaniu jako takie wystąpiły, a dodatkowo okoliczności te opisał i podjął szeroko zakrojone działania zmierzające do udowodnienia, że mimo twierdzącej odpowiedzi w JEDZ, nie zachodzą wobec niego przesłanki

wykluczenia z postępowania.

Co ważne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Odwołujący nie uznaje się za podlegającemu wykluczeniu, a działania wyjaśniające nie są samooczyszczaniem sensu stricte (to wymaga przyznania się do tego, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za określone skutki kontraktowe, do których przepis ten referuje). Odwołujący, dochowując należytej staranności informuje jedynie o okolicznościach, których dotyczy pytanie w JEDZ i składa stosowne wyjaśnienia w tym zakresie. (...)

W zakresie dodatkowych wyjaśnień złożonych po terminie składania ofert, Odwołujący podnosi, że żaden z przepisów nie zabrania takiego działania, zwłaszcza, że wyjaśnienia te jak wskazano nie są procedurą samooczyszczania w zakresie dotyczącym art. 109 ust. 1 pkt 7), a mają jedynie charakter informacyjny. Wyjaśnienia te pozostają spójne z treścią oświadczenia złożonego w JEDZ, jak również z podtrzymywanym w toku całego postępowania stanowiskiem Odwołującego, że nie wystąpiła sytuacja, w której skutek określony w powołanym przepisie wynikał z przyczyn leżących po jego stronie. Jednocześnie nie podnoszą okoliczności nowych, które istniały w chwili złożenia oferty, a o których Odwołujący nie poinformował w tamtym czasie Zamawiającego. Są to jedynie aktualizacje stanu tych spraw. Jediną okolicznością nową, która zaistniała po terminie składania ofert, a jest związana z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jest odstąpienie zamawiającego od umowy dotyczącej opracowania dok. Projektowo – kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz. Jednakobok samej informacji o takim fakcie Odwołujący przedstawił obszerne wyjaśnienia z dowodami, dlaczego nie uznaje się za winnego w tym zakresie. (...) Tym samym, argumentacja Zamawiającego w zakresie podlegania przez Odwołującego wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest wadliwa i opiera się w całości na tezach niezgodnych ze stanem faktycznym jaki wynika z przedstawionych w toku postępowania dokumentów.

Jak wskazano w petitum odwołania, z ostrożności kwestionujemy również wystąpienie domniemanej przesłanki podlegania wykluczeniu, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp. Zamawiający powołuje ją co prawda w treści uzasadnienia odrzucenia, jednak uzasadnienie to nie wskazuje na fakt jej realnego zastosowania jako kolejnego powodu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. (...) Ocena Zamawiającego o możliwym wprowadzeniu go w błąd wynika z rażących zaniedbań Zamawiającego związanych z niedbałą analizą dokumentów, które Zamawiający otrzymał od Odwołującego. Zamawiający twierdzi, że Odwołujący nie przedstawił kompletnych informacji dotyczących odstąpień od umów. Tymczasem wszystkie twierdzenia Zamawiającego, podniesione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego potwierdzają, że Zamawiający nie zapoznał się z treścią dokumentów, którymi dysponował. W zakresie okoliczności związanych z występowaniem przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) Odwołujący dodatkowo przedstawił obszerne wyjaśnienia z dowodami w zakresie samooczyszczania, które później aktualizował po terminie składania ofert, jeżeli po tym terminie ujawniły się okoliczności przemawiające z podjęciem takich kroków. (...)

Odwołujący w tym zakresie wskazuje, że część przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, uległa zatarciu w chwili rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego:

- 1) wykluczenie z udziału w postępowaniu „Kompleksowa budowa obiektów palmiarni poznańskiej”- Miasto Poznań,
- 2) wykluczenie z udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Fabryka Pełna Życia sp. z o.o.;
- 3) wykluczenie z udziału w postępowaniu przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy;
- 4) wykluczenie z udziału w postępowaniu przez GDDKiA Oddział w Lublinie.

W każdym z przypadków minął już okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Tym samym, okoliczności związane z tymi postępowaniami w ogóle nie mogą być rozpatrywane przez Zamawiającego dla oceny sytuacji Odwołującego.

Zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów i dowodów na ich poparcie, które potwierdziłyby, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, jak również nie obalił skuteczności przeprowadzonej w tym zakresie procedury samooczyszczania. Odwołujący z kolei, dochowując należytej staranności przedstawił w postępowaniu wszelkie okoliczności i dowody na poparcie swoich twierdzeń. (...)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wskazuję, że Zamawiający wybrał ofertę 4IDEA wyłącznie wskutek bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego. (...) Dodatkowo Odwołujący podnosi, że ocena oferty 4IDEA obarczona jest błędem Zamawiającego i została dokonana w sposób sprzeczny z wnioskami wskazanymi przez Izbę w wyroku KIO 865/23. Izba oceniając okoliczności faktyczne i oświadczenia 4IDEA zawarte w formularzu ofertowym orzekła – *Zatem Zamawiający miał punktować doświadczenie poniżej minimalnego wymaganego w pkt VI.4.1a SWZ. Na podstawie wcześniejszych ustaleń, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący powinien otrzymać w tym kryterium zero punktów, dlatego, że z pominięciem zadania nr 2, którego nie można wziąć pod uwagę z przyczyn wymienionych wyżej w uzasadnieniu, tylko jedno inne zadanie nr 1 w formularzu ofertowym Przystępującego spełnia minimum (rodzaj budynków, ich powierzchnia). Brak zatem jakiegokolwiek zadania powyżej opisanego w SWZ minimum, które mogłoby być ocenione w kryterium pozacenowym.*

Mimo jednoznacznej oceny Izby, Zamawiający w wyniku ponownej oceny przyznał 4IDEA 10 pkt, zamiast w ogóle odstąpić od punktowania oferty w ramach kryterium. Po wyroku Izby, 4IDEA złożyło Zamawiającemu oświadczenie, które modyfikuje treść oferty zastępując:

- 1) wskazane pierwotnie doświadczenie dodatkowe Głównego Projektanta, doświadczeniem wskazywanym jako minimalne,
- 2) wskazane doświadczenie minimalne Głównego Projektanta w części doświadczeniem pierwotnie wskazanym jako dodatkowe, a w części powołując się na inwestycję (Budynek mieszkalny wielorodzinny z garażem podziemnym oraz niezbędną infrastrukturą techniczną w Kielcach przy ul. Wojska Polskiego), która pierwotnie w ogóle w ofercie nie została uwzględniona, a co więcej, dla której 4IDEA nie wskazał okresu realizacji, co nie odpowiada warunkom zamówienia, gdyż formularz ofertowy wskazywał na wymóg podania takich informacji.

Akceptację powyższego działania 4IDEA przez Zamawiającego należy ocenić jako szczególnie naganną. Zamawiający nie tylko dopuścił modyfikację treści oferty, ale w zakresie tej modyfikacji nie pokusił się o rzetelną analizę przedstawianych informacji.

Wskazując kolejne uchybienia Zamawiającego informuję, że Zamawiający zaniechał czynności wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, do czego był zobowiązany na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz sekcji VIII pkt 8 SWZ, zgodnie z którymi Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Nawet nieprawidłowo uznając ofertę 4IDEA za najwyżej ocenioną (co Odwołujący neguje), Zamawiający był zobowiązany skierować do wykonawcy wezwanie w przedmiocie złożenia określonych środków dowodowych. Bez znaczenia

pozostaje okoliczność złożenia tych środków z ofertą. Jak wskazuje art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca może odstąpić od złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli środki te zamawiający posiada, a wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do badania podmiotowych środków dowodowych „na własną rękę”, lecz wyłącznie w odpowiedzi na określone działanie wykonawcy. (...) Oferent ten złożył w postępowaniu ofertę, w ramach której próbował wykazać doświadczenie Projektanta Głównego w oparciu o inwestycję nr 2: (...) W niniejszej sprawie wykonawca 4IDEA złożył oświadczenie, że inwestycja ta dotyczyła budynków należących do kategorii 112 PKOB w sytuacji, gdy w rzeczywistości, co nie było okolicznością skomplikowaną do ustalenia biorąc pod uwagę charakter działalności wykonawcy, były to budynki (w zakresie budynków wliczanych do powierzchni objętej kryterium) należące do kategorii 111 PKOB.

(...) Oceniając działanie wykonawcy należy uwzględnić zawodowy charakter działalności jaki wykonuje. 4IDEA prowadzi działalność w zakresie usług projektowych, co niejako przesądza, że wiedza o klasyfikacji obiektu budowlanego jest podstawową jaką wykonawca się posługuje. Przy staranności właściwej dla charakteru działalności wykonawca powinien był w procesie składania ofert ustalić bez cienia wątpliwości, że obiekty budowlane wymienione w zadaniu nr 2, nie stanowią obiektów należących do kategorii 112 PKOB. Dokonanie innych ustaleń nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Następnie przedstawienie takiej informacji zamawiającemu jest efektem niedbalstwa 4IDEA i to mogącego być uznany za rażące. (...)

Mając na uwadze przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny oraz dokumentację przedstawioną w postępowaniu, wszystkie zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie. Wybór oferty najkorzystniejszej w kształcie przyjętym przez Zamawiającego nie może się utrzymać. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, gdy nie wykazał w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej, a swoją ocenę oparł w praktyce jedynie na fakcie wystąpienia wybranych przesłanek stosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a nie wszystkich, których spełnienie jest warunkiem koniecznym do jego zastosowania.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z uznaniem, że podlega on wykluczeniu,
- 3) ponowienia procedury badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) odrzucenia oferty 4IDEA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp,
- 5) ewentualnie - odrzucenia oferty 4IDEA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 09.08.2023 r. wykonawca K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą 4IDEA K.S., ul. Żłota 15/U5, 25-015 Kielce (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 22.08.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 23.08.2023 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie, w tym wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 4.

W trakcie posiedzenia Odwołujący cofnął zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie w trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompletnego opracowania projektowego w ramach realizacji zadania pn.: Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla osiedla Wojszyce 1 (Wrocław obręb ewidencyjny nr 26, dz. ew. nr 1/90) obejmującego projekty budowlane we wszystkich branżach oraz projekty wykonawcze we wszystkich branżach wraz z załącznikami.

W pkt VII.2.2) specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp.

W pkt VI.4.1) SWZ Zamawiający opisał warunek zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że:

- „1) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy a) wykonał co najmniej trzy zamówienia polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB, w tym co najmniej jedno zamówienie o powierzchni całkowitej projektowanych budynków powyżej 20 000 m<sup>2</sup>, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę.
- b) wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na opracowaniu dokumentacji składającej się z: projektu budowlanego, projektu wykonawczego, kosztorysów inwestorskich oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.”

W pkt VI.4.2.a) SWZ Zamawiający opisał warunek zdolności zawodowej w zakresie kadry, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać m.in., że:

„2) dysponuje osobami, które będą wykonywać zamówienie (również podstawie zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tych osób), następującymi osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia:

- a) Projektant główny – posiadający uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, który w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert sprawował funkcję projektanta głównego, przy realizacji min. trzech zamówień, polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB.”

W pkt XII SWZ Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

| Lp. | Opis kryteriów oceny ofert                                                           | Waga kryterium w % | Maksymalna liczba punktów do uzyskania | Sposób oceny                                                  |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|----------------------------------------|---------------------------------------------------------------|
| 1   | Cena (C)                                                                             | 60                 | 60                                     | Zamawiający dokona oceny w oparciu o przyznaną liczbę punktów |
| 2   | Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K) | 20                 | 20                                     |                                                               |
| 3   | Kwalifikacje Głównego Projektanta w projektowaniu zespołu budynków (KGP)             | 20                 | 20                                     |                                                               |

Ostatnie dwa kryteria oceny ofert miały być stosowane wg następujących zasad:

2) Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (K) - znaczenie 20 %.

Zamawiający dokona oceny w skali od 1 do 20 punktów.

Przez kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia rozumie się minimalny zakres kwalifikacji, którymi musi legitymować się personel wykonawcy skierowany do realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający punktował będzie dodatkowo posiadanie przez personel wykonawcy skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia kwalifikacji wyższych niż niezbędne minimum. Osoby zastępujące personel wskazany w ofercie powinny więc posiadać co najmniej takie same kwalifikacje jak osoby, które zastępują.

Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej jedną osobę, która będzie pełniła funkcję Projektanta Głównego (PG) (ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4.2a) SWZ, posiadającą udokumentowane doświadczenie, ponad minimum wskazane w SWZ, przy realizacji zamówień, polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB o łącznej powierzchni całkowitej powyżej 20 000 m<sup>2</sup> (dotyczy osoby wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu):

▪ Przy braku wykazania dodatkowego doświadczenia – Zamawiający przyzna 0 punktów.

▪ Za jedno opisane wyżej zamówienie – Zamawiający przyzna 10 punktów.

▪ Za dwa i więcej opisane wyżej zamówienia – Zamawiający przyzna 20 punktów

3) Kwalifikacje Głównego Projektanta w projektowaniu zespołu budynków (KGP) - znaczenie 20 %.

Zamawiający dokona oceny w skali od 1 do 20 punktów.

Przez kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia rozumie się przez to minimalny zakres kwalifikacji, którymi musi legitymować się personel wykonawcy skierowany do realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający punktował będzie dodatkowo posiadanie przez personel wykonawcy skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia kwalifikacji wyższych niż niezbędne minimum. Osoby zastępujące personel wskazany w ofercie powinny więc posiadać co najmniej takie same kwalifikacje jak osoby, które zastępują.

Wykonawca otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli skieruje do wykonania przedmiotowego zamówienia co najmniej jedną osobę, która będzie pełniła funkcję Projektanta Głównego (PG) (ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4. 2 a) SWZ, posiadającą udokumentowane doświadczenie, w projektowaniu zespołu budynków.

Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie Projektanta Głównego w realizacji co najmniej jednego zamówienia, polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB składającego się z wielu budynków. Przy czym, w przypadku wykazania przez Wykonawcę zespołu budynków składającego się z:

1) 2 budynków – Zamawiający przyzna 0 punktów,

2) 3-4 budynków – Zamawiający przyzna 5 punktów,

3) 5-6 budynków – Zamawiający przyzna 10 punktów,

4) 6-7 budynków – Zamawiający przyzna 15 punktów,

5) 8 i więcej budynków – Zamawiający przyzna 20 punktów.

Zamawiający przyzna punkty na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w ofercie. W ramach kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” ocena ofert będzie dokonana w oparciu o „Wykaz personelu kluczowego” stanowiącego element formularza ofertowego – Załącznik nr 1 do SWZ.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył m.in. JEDZ, w którym na pytanie: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”*, zaznaczył odpowiedź: „TAK”. Jako opis ww. sytuacji wpisał: „Wyjaśnienia w pliku "Wyjaśnienia\_JEDZ\_BBC"”. Ponadto zaznaczył odpowiedź: „TAK” w zakresie samooczyszczenia wskazując jako jego opis: "Wyjaśnienia\_JEDZ\_BBC". W analogiczny sposób odwołujący wypełnił JEDZ dotyczący podmiotu udostępniającego zasoby, tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. ("Wyjaśnienia JEDZ Ł.Z"). Do wyjaśnień Odwołujący dołączył dokumentację dotyczącą ich treści.

Przystępujący złożył ofertę, w której wskazał siebie jako Projektanta Głównego i przedstawił następujące doświadczenie:

|                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                  |                                             |
|-----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| Poziom doświadczenia                                | Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych SWZ                                                                                                                                                                                                                                                   | Czas realizacji<br>Początek<br>dzień/miesiąc/rok<br>03.02.2020r. | Koniec<br>dzień/miesiąc/rok<br>31.07.2020r. |
| Wymagane minimalne doświadczenie<br><b>1 robota</b> | <b>Nazwa zadania 1:</b><br>Budowa siedemnastu budynków mieszkalnych wielorodzinnych na dz. nr 11/1, 11/2, 12/1 i 12/2 obr. 2 w <b>Rumii</b><br>Rodzaj zamówienia (obiekt): Budynki mieszkalne wielorodzinne<br>zakres zamówienia (powierzchnia):<br>21 797,05m <sup>2</sup><br>Wartość brutto:<br>799 500,00 zł |                                                                  |                                             |

|                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |              |              |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|--------------|
| Wymagane minimalne doświadczenie<br><b>2 robota</b>     | <b>Nazwa zadania 2:</b><br>NM4-zespół budynków dwulokalowych składającą się z 164 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 160 budynków w zabudowie szeregowej i 4 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 19 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi<br>NM5-zespół budynków dwulokalowych składający się z 148 budynków mieszkalnych jednorodzinnych, w tym 142 budynków w zabudowie szeregowej i 6 budynki w zabudowie bliźniaczej oraz 7 garaży dwustanowiskowych wraz z komunikacją wewnętrzną, miejscami postojowymi i wewnętrznymi instalacjami gazowymi, zlokalizowanej w miejscowości <b>Słomin</b> , ul. Piaseczyńska<br>Rodzaj zamówienia(obiekt):Zespół budynków mieszkalnych dwulokalowych<br>zakres zamówienia (powierzchnia):<br>31 200,21m <sup>2</sup><br>Wartość brutto:<br>627300,00 zł | 02.11.2021r. | 30.10.2022r. |
| Wymagane minimalne doświadczenie<br><b>3 robota</b>     | <b>Nazwa zadania 3:</b><br>Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym przy <b>ul. Piekoszowskiej w Kielcach</b><br>Rodzaj zamówienia(obiekt):<br>Budynek mieszkalny wielorodzinny<br>zakres zamówienia(powierzchnia):<br>5 604,33 m <sup>2</sup><br>Wartość brutto:<br>267137,55 zł                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 01.10.2021r. | 30.11.2022r. |
| Dodatkowe doświadczenie- <b>4 robota</b><br>(+.....pkt) | <b>Nazwa zadania 4:</b><br>Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami w parterze i garażem podziemnym na dz. nr ewid. 974/1,973/2, 976/3, 975/1, w obr. 0010 przy <b>ul. Koziej w Kielcach</b><br>Rodzaj zamówienia(obiekt):<br>Budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami<br>zakres zamówienia (powierzchnia):<br>4 921,90 m <sup>2</sup><br>Wartość brutto:<br>233700,00 zł                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 01.10.2020r. | 31.05.2021r. |
| Dodatkowe doświadczenie- <b>5 robota</b><br>(+.....pkt) | <b>Nazwa zadania 5:</b><br>Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i częścią garażową w parterze oraz garażem podziemnym wraz z instalacjami wewnętrznymi: wody, kanalizacji sanitarnej, centralnego ogrzewania, wentylacji i klimatyzacji, kanalizacji deszczowej, elektryczną i teletechniczną oraz niezbędną infrastrukturą: zewnętrznymi instalacjami elektrycznymi i kanalizacją deszczową raz ze zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe o pojemności 40m <sup>3</sup> , parkingiem na 12 stanowiska postojowych, na działce w <b>Częstochowie</b> , przy Al. Wolności 20 o nr ewidencji gruntów 63, obręb 182.<br>Rodzaj zamówienia(obiekt):Budynek mieszkalny wielorodzinny z usługami<br>zakres zamówienia (powierzchnia):<br>6 669,81 m <sup>2</sup><br>Wartość brutto:<br>393 600, 00 zł                                                                    | 01.04.2022r. | 12.01.2023r. |

Przystępujący wskazał też, że Projektant Główny posiada doświadczenie, w projektowaniu zespołu budynków, składającego się z: „8 i więcej budynków – (Zamawiający przyzna 20 punktów)”.

Pismem z dnia 16.03.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która uzyskała 100 pkt w kryteriach oceny ofert, zaś oferta Odwołującego – 99,73 pkt.

W dniu 27.03.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie na wybór oferty Przystępującego, które zostało uwzględnione (wyrok z dnia 14.04.2023 r., sygn. akt KIO 865/23) i Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 01.06.2023 r. Przystępujący przesłał do Zamawiającego pismo z propozycją oceny jego oferty, która doprowadziłaby do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i że jego ofercie przysługuje 10 pkt w kryterium oceny ofert nr 2.

Pismem z dnia 06.07.2023 r. Odwołujący przysłał do Zamawiającego pismo z kolejnymi wyjaśnieniami w sprawie odstąpienia od dotychczas zawieranych umów. Ponadto w dniu 18.07.2023 r. przesłał do Zamawiającego pismo zawierające samooczyszczenie w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, w oparciu o który był wykluczany w poprzednich postępowaniach, w których ubiegał się o zamówienie.

Pismem z dnia 27.07.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (90 pkt) oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z**

**niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego. Przystępujący podniósł, że w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego jest wystarczające do tego, by oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wynika z faktu uznania przez Zamawiającego, że w poszczególnych kryteriach oceny ofert oferta Odwołującego powinna uzyskać odpowiednio 59,73 pkt, 20 pkt i 20 pkt, co łącznie daje tej ofercie większą liczbę punktów niż ofercie Przystępującego. Zatem, zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie ma interesu w domaganiu się odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż samo unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest wystarczające do tego, by jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba stwierdziła, że wprawdzie na obecnym etapie postępowania Zamawiający rzeczywiście uznał, że w poszczególnych kryteriach oceny ofert oferta Odwołującego uzyskuje taką punktację, którą łącznie daje jej przewagę nad ofertą Przystępującego (choć nie podał tej łącznej liczby, wskazując jedynie, że oferta zostaje odrzucona), niemniej jednak nie można stracić z pola widzenia, że w razie uwzględnienia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności oceny ofert, Zamawiający może zmienić swoje stanowisko i przyznać ofercie Odwołującego mniejszą liczbę punktów niż dotychczas i jednocześnie mniejszą niż przyznał Przystępującemu. Jednocześnie ewentualne wniesione dopiero wtedy odwołanie, w którym Odwołujący kwestionowałby punktację przyznaną ofercie Przystępującego, w zależności od konkretnie sformułowanych zarzutów, mogłoby zostać uznane za spóźnione i odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Odwołujący wcześniej znał już tę punktację i okoliczności faktyczne będące podstawą jej przyznania. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Odwołujący ma obecnie interes w kwestionowaniu liczby punktów uzyskanych przez ofertę Przystępującego, a co za tym idzie – ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp dotyczących oceny ofert.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutu nr 4, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy podlega on wykluczeniu w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd wskutek co najmniej lekkomyślności, co nie tylko mogło mieć, ale miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Stawiając ww. zarzut Odwołujący wskazywał, że Przystępujący wykazując doświadczenie Projektanta Głównego przedstawił zadanie nr 2, które wbrew wymogom Zamawiającego obejmowało budynki należące do kategorii 111 PKOB, zamiast do kategorii 112 PKOB. Powyższe okoliczności jednak, jak słusznie wskazał Przystępujący, były już powoływane przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym w dniu 27.03.2023 r. w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z powyższym były one już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby (wyrok z dnia 14.04.2023 r., sygn. akt KIO 865/23). Zgodnie zaś z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Tym samym zachodzi przesłanka odrzucenia obecnego odwołania w zakresie zarzutu nr 4, gdyż jest on oparty na tych samych okolicznościach, które były już powoływane w odwołaniu w sprawie KIO 865/23. Dlatego Izba odrzuciła odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego w trakcie rozprawy Izba ustaliła, że mimo wydania w dniu 14.04.2023 r. wyroku o sygn. akt KIO 865/23, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert, Zamawiający nie dokonał formalnie czynności unieważnienia ww. wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. wyboru z dnia 16.03.2023 r. Innymi słowy: Zamawiający powtórzył czynności badania i oceny ofert, a także dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 27.07.2023 r., jednakże nie poinformował wykonawców o unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty z dnia 16.03.2023 r.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie zaś z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że nie mogą istnieć w danym postępowaniu w tym samym czasie dwie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Stan taki prowadziłby do chaosu prawnego z uwagi na niejasny status kolejnych czynności dokonywanych przez zamawiającego po wydaniu wyroku Izby, który nie został zaskarżony do Sądu. Oceniając też zaistniałą sytuację nie można ignorować ww. faktów, tj. prawomocnego wyroku Izby nakazującego unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16.03.2023 r. i podjętych następnie przez Zamawiającego czynności w zakresie badania i oceny ofert, łącznie z nową czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27.07.2023 r. Stan faktyczny zaistniały w przedmiotowej sprawie doprowadził zatem w ocenie Izby do sytuacji, w której pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty został unieważniony drogą faktycznie dokonanych czynności. W szczególności ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 27.07.2023 r. w istocie należy uznać za derogujący pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 16.03.2023 r. Tym samym czynność późniejsza z dnia 27.07.2023 r. zastępuje w tym wypadku czynność wcześniejszą z dnia 16.03.2023 r. Oznacza to, że na obecnym etapie w mocy pozostawała tylko czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27.07.2023 r. i tylko ona podlegała ocenie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Dlatego Izba uznała czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16.03.2023 r. za pozbawioną mocy prawnej i rozstrzygnęła odwołanie z uwzględnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27.07.2023 r., zgodnie z postawionymi w odwołaniu zarzutami.

**Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego.**

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w piśmie z dnia 27.07.2023 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający w różnych miejscach wskazywał różne podstawy prawne wykluczenia Odwołującego, niemniej jednak w sumie wskazał je dwie, tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (art. 109 ust. 1 pkt 8 został wskazany jedynie jako warty „rozważenia”, co nie pozwala na uznanie, że był on podstawą wykluczenia). Tym samym, niezależnie od niekonsekwentnego sposobu sformułowania ww. pisma, uznać należy, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z obu ww. podstaw prawnych, czyli: art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp, co potwierdza także treść odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający na str. 3 stwierdził: „Po pierwsze Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty jednoznacznie wskazywał również na wprowadzenie w błąd, jako przesłankę odrzucenia oferty : (...)”.

Przechodząc zatem do kwestii wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy

zauważyć, że zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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. Wszystkie określone tym przepisem przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Przepis ten stanowi implementację do porządku krajowego art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”. W art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku ww. przepisu dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do odstąpienia czy wypowiedzenia wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać m.in., że doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale. Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w ogóle nie wykazał przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (poza niekwestionowanym odstąpieniem), w tym przede wszystkim nie wykazał przesłanki, zgodnie z którą odstąpienie od umowy musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Już na str. 3 pisma z dnia 27.07.2023 r. Zamawiający wskazał: „W tym miejscu należy zauważyć, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie jest uprawniony do weryfikacji zasadności odstąpień oraz skutków procesowych podejmowanych przez Wykonawcę działań. Niewątpliwym jest, że do odstąpienia od w/w umów doszło, zaś Zamawiający powoływali się na przyczyny leżące po stronie Wykonawcy”. Ten fragment pokazuje, że Zamawiający w istocie uznał się za zwolnionego z obowiązku wykazania, że odstąpienia od umów miały miejsce z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Tymczasem każdy zamawiający jest zobowiązany do wykazania ziszczenia się każdej przesłanki zawartej w przepisie dotyczącym wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty, zatem także w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany był do wykazania ziszczenia się przesłanki przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

W dalszej części pisma z dnia 27.07.2023 r. na str. 6 Zamawiający odniósł się m.in. do umowy zawartej z SGGW i w tym fragmencie wskazał, co jego zdaniem świadczy o długotrwałym nienależytym wykonywaniu przez Odwołującego zobowiązań, a także odniósł się do kwestii samooczyszczenia. We fragmencie tym Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, dlaczego uznaje, że odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W szczególności nie można uznać, że samo długotrwale wg Zamawiającego niewykonywanie zobowiązań jest tożsame z przyczynami leżącymi po stronie Odwołującego, gdyż po pierwsze, są to dwie odrębne przesłanki w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zatem każdą z nich należy wykazać niezależnie od siebie, a po drugie, długotrwale niewykonywanie zobowiązań może wynikać także z różnorodnych przyczyn leżących po stronie danego zamawiającego (np. brak współpracy, brak dostarczenia określonych materiałów lub informacji). Tym samym nie wystarczy napisać, że dany wykonawca długotrwale nie wykonywał zobowiązań, żeby automatycznie dopuszczalne było uznanie, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po jego stronie. Tak też w niniejszej sprawie nie sposób automatycznie uznać długotrwale wg Zamawiającego niewykonywania zobowiązań za leżące po stronie Odwołującego przyczyny odstąpienia od umowy. Również co do pozostałych zawartych w tym fragmencie zdań odnoszących się do samooczyszczenia, jasnym jest, że nie stanowią one wykazania przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w tej sprawie, w tym m.in. do tego, że Odwołujący jako pierwszy odstąpił od umowy z SGGW.

Na str. 6 pisma z dnia 27.07.2023 r. Zamawiający wskazał także na odstąpienie od umowy i obciążenie Odwołującego z tego tytułu karami przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. Podobnie, jak w przypadku umowy z SGGW, Zamawiający nie wskazał, z jakich okoliczności wywodzi, że do odstąpienia doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Ponadto na tej samej str. 6 ww. pisma Zamawiający powołał się też na odstąpienie od umowy przez Wojskową Akademię Techniczną, ograniczając swoją argumentację tylko do faktu odstąpienia, co oczywiście nie stanowi wykazania, że doszło do niego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający ponownie także nie odniósł się do argumentacji i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w obu tych sprawach.

Z powyższych względów Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał zaistnienia przesłanki, zgodnie z którą odstąpienie od umowy musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp było bezzasadne.

W tym miejscu należy także odnieść się do kwestii samooczyszczenia uregulowanej w art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej, a wskutek wdrożenia do porządku krajowego – w art. 110 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
  - 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
  - 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
  - 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
    - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
    - b) zreorganizował personel,
    - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
    - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
    - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.
3. 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.

Należy podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Powstaje zatem pytanie, jak powinien zachować się wykonawca, który doświadczył sytuacji odstąpienia lub wypowiedzenia umowy, ale który mimo to uważa, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.08.2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19 (zachowujące aktualność w obecnym stanie prawnym) i zauważa, że treść pytania zawartego w formularzu JEDZ nie odnosi się do tego, po czyjej stronie leżały przyczyny odstąpienia lub wypowiedzenia umowy i czy nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny lub długotrwały. Pytanie zawarte w JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Tym samym wypełniając dokument JEDZ wykonawca ma obowiązek zgodnie ze stanem faktycznym podać informacje dotyczące tego, czy doszło do rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Jeżeli okoliczność taka miała miejsce, należy wpisać „TAK”. Dodatkowo, zgodnie z formularzem JEDZ, w sytuacji wpisania „TAK” należy podać szczegółowe informacje, czyli opisać okoliczności rozwiązania umowy/nałożenia sankcji. Powyższe nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca przedstawił swoje stanowisko w tej sprawie. Tym samym nawet uznając rozwiązanie umowy za bezpodstawne, obowiązkiem wykonawcy jest podać w dokumencie JEDZ informację prawdziwą co do faktu rozwiązania umowy lub nałożenia sankcji choćby po to, by uniknąć sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast zbadać podane w tej sytuacji informacje, ocenić je w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a następnie dokonać stosownych do tej oceny czynności, przy czym w razie podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy zamawiający zobowiązany jest, jak już wyżej wskazano, wykazać każdą z przesłanek zawartych w tym przepisie. W razie braku wystarczających informacji zamawiający może korzystać w tym zakresie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, czyli wezwać wykonawcę do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że zachowanie Odwołującego, który zaznaczył w JEDZ odpowiedź: „TAK” i dołączył, a następnie uzupełnił z własnej inicjatywy, informacje o umowach, od których odstąpiono, było właściwe. Niewłaściwe było natomiast działanie Zamawiającego, który w tych okolicznościach bezpodstawnie uznał, że Odwołujący wprowadził go w błąd, a ponadto nie dokonał oceny wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w oparciu o udostępnione mu informacje i dokumenty i w efekcie niezasadnie wykluczył Odwołującego na podstawie tegoż przepisu.

Odnosząc się do drugiej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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. W piśmie z dnia 27.07.2023 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie poinformował go w JEDZ o nienależytym wykonaniu zamówień w znacznym stopniu i o naliczaniu kar umownych, a sam Zamawiający nie jest w stanie ocenić całkowitej skali przypadków odstąpienia (str. 5 i 7). Pomijając to, że Zamawiający nie wyjaśnił, w przypadku których umów i dlaczego w jego ocenie doszło do nienależytego wykonania zamówień w stopniu znacznym oraz jakie niewskazane przez Odwołującego umowy świadczą o większej skali odstąpień mogących skutkować ewentualnym wykluczeniem z postępowania, przede wszystkim należy podkreślić, że stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne ze stanem faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie. Odwołujący odpowiadając w JEDZ na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” wyraźnie zaznaczył odpowiedź „TAK” i wskazał nazwy plików, w których znajdują się jego wyjaśnienia w tej sprawie. Do wyjaśnień dołączył także dokumenty na potwierdzenie opisanych przez siebie okoliczności. Dodatkowo w dniu 06.07.2023 r. z własnej inicjatywy przedłożył kolejne wyjaśnienia wraz z dokumentami dotyczące częściowo tych samych przypadków odstąpienia od umów, co wskazane przy składaniu JEDZ, a częściowo nowych. Tym samym Zamawiający od chwili otwarcia ofert dysponował wiedzą o czterech przypadkach odstąpienia od umów zawartych z Odwołującym, a o kolejnych dwóch Odwołujący poinformował go w lipcu 2023 r. czyniąc to z własnej inicjatywy, a nie dopiero w sytuacji, gdy zostałby już „złapany” przez Zamawiającego na nieujawnieniu takich informacji. Powyższe dowodzi transparentnego działania po stronie Odwołującego i nie daje podstaw do uznania, że wprowadził on Zamawiającego w błąd w zakresie dotyczącym odstąpienia od zawartych z nim umów. Już tylko te okoliczności faktyczne prowadzą do wniosku, że

wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp było bezzasadne.

Dodatkowo w piśmie z dnia 27.07.2023 r. Zamawiający odniósł się do kwestii samooczyszczenia, jakiego Odwołujący dokonał w lipcu 2023 r. w związku z ww. przesłanką wykluczenia zaistniałą wobec niego w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał jednak w ww. piśmie, dlaczego samooczyszczenie dokonane przez Odwołującego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp uznaje za nieskuteczne. Należy zauważyć, że środki naprawcze określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, muszą być wykazane łącznie, ale jednak adekwatnie do naruszeń, jakich dopuścił się wykonawca. Tym samym ich spełnienie przez wykonawcę musi być każdorazowo oceniane w świetle konkretnych okoliczności faktycznych, tj. w zależności od tego, czy przykładowo: wykonawca działał w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp), czy skazano jego członka zarządu za finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), czy naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska (art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy Pp), czy poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), czy wprowadził zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp). Ze względu bowiem na różnorodność okoliczności faktycznych, jakie kryją się w podstawach wykluczenia wymienionych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, podjęte przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia środki zaradcze siłą rzeczy również będą musiały mieć różny charakter. Rolą zamawiającego jest więc dokonanie oceny ich skuteczności w świetle konkretnych okoliczności faktycznych dotyczących danej podstawy wykluczenia.

Tymczasem Zamawiający na str. 5 pisma z dnia 27.07.2023 r. powołał się na „skalę” umów, od których odstąpiono, na brak kompletnych informacji o odstąpieniach i częstość odstąpień, która nie pozwala uznać, że podejmowane przez Odwołującego środki zaradcze są skuteczne, a dodatkowo w przypadku umowy z SGGW Zamawiający na str. 6 dodał, że: „Nie sposób jednak znaleźć w w/w dokumentacji jakichkolwiek śladów na okoliczność podjęcia konkretnych, miarodajnych działań, które poprawiłyby sposób pracy z Zamawiającymi, aby do kolejnych tego typu sytuacji w przyszłości nie dochodziło”. Zamawiający nie dokonał jednak oceny okoliczności wskazywanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach i dokumentach, nie wskazał też, dlaczego przedstawione przez Odwołującego informacje nie są wystarczające, a podjęte działania – niemiarodajne, jak też nie wyjaśnił, dlaczego wg niego „skala” i częstość odstąpień jest rzeczywiście duża w działalności gospodarczej Odwołującego. Tak ogólnikowe stanowisko Zamawiającego, niezależnie od wyżej poczynionych przez Izbę ustaleń, również nie pozwala na stwierdzenie, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było zasadne.

Nie ma również znaczenia, że Odwołujący złożył dokumenty dotyczące samooczyszczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp dopiero w lipcu 2023 r. Przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący zrobił to z własnej inicjatywy, przed ujawnieniem jakichkolwiek okoliczności w tym zakresie przez Zamawiającego. Ponadto z przepisów ustawy Pzp, ani z SWZ nie wynika, aby wymagane było dokonanie samooczyszczenia z chwilą złożenia oferty. Tymczasem zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14.01.2021 r. w sprawie C-387/19 RTS *infra* BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest: „Artykuł 57 ust. 6 dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentacji zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany”.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących niezasadnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp i nakazała m.in. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 lipca 2023 r. i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

#### Zarzuty dotyczące oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących punktacji przyznanej w kryterium nr 2 ofercie Przystępującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z opisem tego kryterium punktowane miało być w nim doświadczenie Projektanta Głównego przekraczające minimum określone w SWZ i polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB o łącznej powierzchni całkowitej powyżej 20 000 m<sup>2</sup>. W opisie kryterium znajduje się informacja o tym, że „ocena dotyczy osoby wykazywanej jako spełniającej warunek udziału, o którym mowa w dziale VI. Warunki udziału w postępowaniu w ppkt 4.2a) SWZ”, ale oznacza to tyle, że Projektant Główny musiał być tą samą osobą wskazaną zarówno na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry, jak i na potrzeby kryterium oceny ofert nr 2. Natomiast doświadczenie punktowane w ramach ww. kryterium miało być odnoszone nie do minimalnego doświadczenia Projektanta Głównego z opisu warunku kadrowego (pkt VI.4.2.a) SWZ), ale do minimalnego doświadczenia wykonawcy z pkt VI.4.1.a) SWZ. Taką interpretację przyjęła też Izba w wyroku KIO 865/23, który nie został zaskarżony do Sądu.

Zatem minimum potrzebne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.4.1.a) SWZ to wykazanie co najmniej trzech zamówień polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB, w tym co najmniej jedno zamówienie o powierzchni całkowitej projektowanych budynków powyżej 20 000 m<sup>2</sup>, wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę (Zamawiający opisał też warunek doświadczenia w pkt VI.4.1.b), który dotyczył dwóch zamówień, zatem łącznie wykonawca musiał wykazać pięć zamówień w ramach swojego doświadczenia). Natomiast w kryterium nr 2 punktowane było doświadczenie polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej budynku lub zespołu budynków z grupy 112 wg PKOB o łącznej powierzchni całkowitej powyżej 20 000 m<sup>2</sup> wykraczające ponad minimum wynikające z ww. warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.4.1.a) SWZ, przy czym wykonawca mógł uzyskać 10 punktów za jedno zadanie ponad ww. minimum oraz 20 pkt za dwa lub więcej zadań ponad ww. minimum.

W Formularzu oferty Przystępujący wskazał 5 zadań zlokalizowanych:

- w Rumii (zadanie nr 1, powierzchnia powyżej 20 000 m<sup>2</sup>),
- w Słomnie (zadanie nr 2, powierzchnia powyżej 20 000 m<sup>2</sup>),
- w Kielcach przy ul. Piekoszowskiej (zadanie nr 3),

- w Kielcach przy ul. Koziej (zadanie nr 4),
- w Częstochowie (zadanie nr 5).

W wyroku KIO 865/23 Izba orzekła, że w zadaniu nr 2 nie uzyskano pozwolenia na budowę, stąd Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.4.1. SWZ, gdyż nie wykazał łącznie pięciu zadań koniecznych do spełnienia warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy. W ww. wyroku Izba uwzględniła zatem zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału przez Przystępującego, jednocześnie wskazując, że „Przystępujący na obecnym etapie, bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia dokumentów bądź wyjaśnień, nie może podlegać wykluczeniu”.

Pomijając w tym miejscu kwestię spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należy zauważyć, że po wyeliminowaniu zadania nr 2 (Słomin) w Formularzu oferty Przystępującego zostało tylko jedno zadanie o powierzchni przekraczającej 20 000 m<sup>2</sup> (zadanie nr 1 w Rumii).

Pismem z dnia 01.06.2023 r. Przystępujący, nie czekając na wezwanie Zamawiającego, z własnej inicjatywy przekazał pismo, w którym przedstawił analizę wskazanego doświadczenia i punktację należną w związku z tym jego ofercie. W piśmie tym Przystępujący wskazał nowe zadania, które nie znalazły się uprzednio w Formularzu oferty, w tym m.in. zadanie zlokalizowane w Kielcach przy ul. Wojska Polskiego, przy czym odniósł je do warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.4.2.a) SWZ (warunek kadrowy) zamiast do warunku opisanego w pkt VI.4.1.a) (warunek doświadczenia wykonawcy).

W tym miejscu należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wykonawcy uzupełnienia brakujących czy niekompletnych/błędnych podmiotowych środków dowodowych z własnej inicjatywy (tzw. „samouzupełnienie”), czyli bez uprzedniego wezwania ze strony zamawiającego. Orzecznictwo wypracowało w tym zakresie stanowisko, zgodnie z którym jeśli mimo braku wezwania, wykonawca w prawidłowy sposób uzupełni dokumenty, zamawiający nie powinien go już wzywać w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż po pierwsze, stanowiłoby to przejaw nadmiernego formalizmu, po drugie – nie zachodziłaby już przewidziana w tym przepisie przesłanka braku złożenia dokumentów lub złożenia dokumentów niekompletnych/zawierających błędy. Odmienne sytuacja zachodzi, gdy wykonawca z własnej inicjatywy uzupełni dokumenty w sposób nieprawidłowy – wtedy zamawiający ma obowiązek wezwać go w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zachodzi przesłanka braku złożenia dokumentów lub złożenia dokumentów niekompletnych/zawierających błędy, a wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania bez uzyskania uprzednio informacji, jaka zachodzi wadliwość w zakresie złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych i bez możliwości złożenia/uzupełnienia/poprawienia tych środków.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że opisana wyżej możliwość samodzielnego uzupełnienia czy poprawienia dokumentów i ich uwzględnienia przez zamawiającego, dotyczy wyłącznie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (przede wszystkim JEDZ i podmiotowe środki dowodowe), natomiast nie dotyczy dokumentów składających się na ofertę wykonawcy. Temu bowiem na przeszkodzie stoi art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Tym samym ustawodawca jednoznacznie zakazał (z podanymi wyjątkami) dokonywania zmian w treści oferty, a treścią oferty są m.in. informacje wskazywane przez wykonawców na potrzeby oceny w kryteriach oceny ofert. Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy, należy wskazać, że Przystępujący mógł samodzielnie uzupełnić zadania wykazywane na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, natomiast uzupełnienie to nie może wpłynąć na zmianę zadań ocenianych przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert, gdyż taka zmiana jest niedopuszczalna w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Z pisma Przystępującego z dnia 01.06.2023 r. wynika, że nawet po uzupełnieniu doświadczenia o nowe zadania, tylko zadanie w Rumii ma powierzchnię przekraczającą 20 000 m<sup>2</sup>. Tym samym zadanie to jest niezbędne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.4.1.a) SWZ (wymagane trzy zadania z kategorii 112 PKOB, w tym co najmniej jedno o powierzchni powyżej 20 000 m<sup>2</sup>). Tymczasem należy ponownie przypomnieć, że do oceny w kryterium nr 2 potrzebne były dodatkowe zadania wykraczające ponad minimum określone w warunku z pkt VI.4.1.a), a nie w warunku z pkt VI.4.2.a) SWZ. Tym samym skoro zadanie w Rumii jest niezbędne do wykazania warunku doświadczenia z pkt VI.4.1.a), to nie ma żadnego dodatkowego zadania (ponad minimum) o powierzchni powyżej 20 000 m<sup>2</sup>, które nadawałoby się do przyznania punktów w kryterium oceny ofert nr 2. Stąd też Zamawiający nie miał podstaw do przyznania Przystępującemu 10 pkt w tym kryterium. Do powyższego wniosku Izba doszła już w wyroku KIO 865/23, w którym wskazała: „Na podstawie wcześniejszych ustaleń, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący powinien otrzymać w tym kryterium zero punktów, dlatego, że z pominięciem zadania nr 2, którego nie można wziąć pod uwagę z przyczyn wymienionych wyżej w uzasadnieniu, tylko jedno inne zadanie nr 1 w formularzu ofertowym Przystępującego spełnia minimum (rodzaj budynków, ich powierzchnia). Brak zatem jakiegokolwiek zadania powyżej opisanego w SWZ minimum, które mogłoby być ocenione w kryterium pozacenowym. Dlatego nie było żadnej podstawy do przyznania punktów w tymże kryterium. (...) Trzeba również zauważyć, że ewentualne uzupełnienia czy wyjaśnienia Przystępującego odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożone ewentualnie w toku dalszego postępowania o udzielenie zamówienia nie będą miały wpływu na przyznaną punktację w kryteriach pozacenowych”. Zatem Izba już w ww. wyroku jednoznacznie stwierdziła, że w kryterium nr 2 oferta Przystępującego nie może uzyskać żadnych punktów i nawet przewidując uzupełnienia/wyjaśnienia Przystępującego w zakresie podmiotowych środków dowodowych koniecznych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba wprost zastrzegła, że takie uzupełnienia czy wyjaśnienia nie będą mogły mieć wpływu na punktację przyznaną w kryteriach oceny ofert.

Natomiast zawarta w tymże wyroku uwaga Izby o pewnej możliwości przyznania ofercie Przystępującego 10 pkt w kryterium nr 2 miała na celu jedynie zauważenie, że nawet gdyby zadanie nr 2 mogło być uwzględnione do oceny, to wobec konieczności zaliczenia zadania nr 1 w Rumii na potrzeby spełnienia minimalnego warunku z pkt VI.4.1.a) oraz wobec wymogu punktowania w kryterium nr 2 tylko zadań wykraczających ponad minimum opisane w tym warunku, tylko jedno zadanie - czyli właśnie zadanie nr 2 nadawałoby się do przyznania punktów, zatem oferta Przystępującego mogłaby za nie dostać co najwyżej 10 pkt, a nie 20 pkt, które Zamawiający przyznał przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższa uwaga Izby odnosiła się zatem do hipotetycznej sytuacji uwzględnienia zadania nr 2 i była poczyniona niejako na marginesie, ponieważ jednocześnie Izba jednoznacznie orzekła, że zadanie nr 2 (Słomin) nie może zostać uwzględnione do oceny.

Reasumując, w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może dopuścić do zmiany oferty, w tym - w

zakresie zadań wpisanych pierwotnie do Formularza ofertowego w celu dokonania oceny w kryteriach oceny ofert. Skoro jedyne pozostałe w Formularzu ofertowym zadanie o powierzchni przekraczającej 20 000 m<sup>2</sup> (zadanie nr 1 w Rumii) musi zostać zaliczone na poczet spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to nie ma żadnego innego zadania ponad minimum określone w tymże warunku, za które możliwe byłoby przyznanie punktów w kryterium nr 2. Tym samym Zamawiający niezasadnie przyznał ofercie Przystępującego 10 pkt za zadanie w Rumii w ww. kryterium. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która w świetle ustaleń poczynionych w toku postępowania odwoławczego powinna otrzymać 0 pkt w kryterium oceny ofert nr 2 i nie powinna być uznana za najkorzystniejszą. Izba nakazała zatem unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27.07.2023 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (także w zakresie przyznawanej w kryteriach oceny ofert punktacji) z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....