

Sygn. akt: KIO 1110/25

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Członkowie: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 kwietnia 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 marca 2025 roku** przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji, które reprezentuje SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego:** wykonawcy **PROMOST CONSULTING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia:

- a) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp
- b) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 16 Pzp pkt 1-3 Pzp

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania jako przedwczesne;

3. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji, które reprezentuje SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie Zamawiającego – Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**, w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. znosi między Stronami koszty składające się na wynagrodzenie pełnomocników

3.3. zasądza od **Zamawiającego – Województwa Podkarpackiego - Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Odwołującego - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji, które reprezentuje SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem ½ wpłaconego wpisu.

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

Przewodnicząca:

.....
Członkowie:
.....
.....

KIO 1110/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) na *Pełnienie funkcji „Inżyniera Kontraktu” w ramach inwestycji „Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 877 na odcinku Dylągówka – Szklary*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22.05.2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 298720-2024.

Dnia 24 marca 2025 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji, które reprezentuje SAFEGI S.A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający w dniu 12 marca 2025 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego. Termin na wniesienie odwołania został zatem zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 16 Pzp pkt 1-3 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty;
- 2.art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego, w szczególności w sposób, który umożliwiałby ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wystąpiły podstawy wykluczenia SAFEGE z postępowania oraz w jakim zakresie i z jakich powodów nie uwzględnił informacji i dowodów przedstawionych przez SAFEGE w toku postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4.ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pozbawiło go szansy na uzyskanie zamówienia, podczas gdy przywrócenie jego oferty do postępowania spowoduje, że będzie ona ofertą ocenioną najwyżej. Kalkulując punkty, jakie Odwołujący powinien otrzymać, gdyby jego oferta nie została odrzucona, uzyskałby on więcej punktów niż aktualnie wybrany wykonawca (jedyne, którego oferta nie podlegała odrzuceniu). Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania oraz kwestionowaniu czynności i zaniechań Zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na wystąpienie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 8 Pzp. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, Zamawiający wskazał, że dokonał samodzielnego zbadania, czy zachodzą przesłanki wykluczenia. Jednakże przedstawione uzasadnienie odrzucenia oferty zawiera wyłącznie przedstawienie szczerkowych informacji dotyczących stanu faktycznego opisanych zdarzeń, bez jakiegokolwiek rzetelnej analizy tych informacji w stosunku do informacji o tych samych zdarzeniach przedstawionych przez Odwołującego wraz ze składanym w postępowaniu dokumentem JEDZ oraz potwierdzeniem w zakresie aktualności zawartych w nim informacji. Decyzja Zamawiającego pomija szereg istotnych informacji i okoliczności, które Odwołujący przekazał mu w toku postępowania, co budzi wątpliwości, co do tego, czy Zamawiający faktycznie zapoznał się z nimi i uwzględnił przy swojej ocenie podstaw wykluczenia i odrzucenia oferty.

Informacja z dnia 12.03.2025 r. zawiera pewne podsumowanie oceny Zamawiającego, natomiast nie sposób uznać jej za wskazanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty SAFEGE w sposób zgodny z przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. Mając na uwadze, że istotną funkcją uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty jest umożliwienie oceny czynności Zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, standard precyzji i adekwatności do podstawy prawnej w zakresie okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty, powinien być analogiczny do wymagań, jakie stawiane są wobec podstaw faktycznych zarzutów odwołania składanego przez wykonawców. Uzasadnienie odrzucenia oferty istotnie odbiega od takiego standardu w zakresie przedstawienia okoliczności faktycznych uzasadniających decyzję Zamawiającego, znacząco utrudniając Odwołującemu skuteczną i adekwatną obronę w ramach przysługującego mu środka ochrony prawnej. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 15 października 2024 r. sygn. akt KIO 3444/24.

To na Zamawiającym dokonującym wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 lub 8 Pzp spoczywa ciężar wykazania, że w stosunku do Wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia (tak wyrok KIO z dnia 9.05.2023 r., sygn. KIO 1118/23 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 14.04.2023 r. sygn. akt XXIII Zs 3/23). Zamawiający powinien zatem wykazać spełnienie każdej z określonych w danym przepisie przesłanek, rozważając pełny zakres stanu faktycznego zdarzeń, na które się powołuje. Takiej oceny brak w informacji o odrzuceniu oferty SAFEGE i nie sposób ustalić, które z informacji przedstawionych skrótowo w odniesieniu do poszczególnych projektów i dlaczego, Zamawiający uznał za przesądzające o konieczności wykluczenia Odwołującego. 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.

Szczególnie, nie sposób ustalić podstaw faktycznych decyzji Zamawiającego, w kontekście okoliczności, że w toku postępowania Odwołujący poinformował Zamawiającego również o innych projektach niż te wskazane jako spełniające przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w informacji o odrzuceniu. Dla wszystkich tych projektów Odwołujący przedstawił spójne i równie szczegółowe uzasadnienie w zakresie braku podstaw do wykluczenia, uzupełniając je także dowodami załączonymi do wyjaśnień. Z uzasadnienia odrzucenia oferty nie sposób wywieść, dlaczego względem niektórych z nich Zamawiający uznał spełnienie przesłanek, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie pozostałych uznał za odpowiednie i wystarczające.

Dodatkowo, w zakresie podstaw faktycznych przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający nie tylko pominął całkowicie wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego w tym kontekście, ale także w zakresie podstawy faktycznej powołał wyłącznie rozstrzygnięcie KIO w jednostkowej, konkretnej sprawie. Wskazuje to, że Zamawiający całkowicie zaniechał analizy faktycznej okoliczności, w których doszło do zapadnięcia przedmiotowego wyroku, a tym samym – nie dokonał samodzielnego zbadania wystąpienia przesłanki wykluczenia. Podstawą wykluczenia, nie jest zapadnięcie wyroku KIO w danej sprawie (gdyż skład orzekający Izby w innej sprawie ani też Zamawiający w innym postępowaniu niż to, którego dotyczy dane orzeczenie, nie jest związany takim wyrokiem), ale przedstawienie informacji wprowadzających w błąd i to te okoliczności powinien poddać ocenie Zamawiający, uwzględniając także stanowisko przedstawiane przez samego Wykonawcę. Na marginesie Odwołujący poinformował Zamawiającego o zapadnięciu ww. wyroku i działaniach niezwłocznie podjętych w związku z nim, a mających na celu zapewnienie rzetelności składania ofert.

Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 4.11.2024 r. oraz z dnia 26.11.2024 r. Odwołujący zawarł informacje o podejmowanych działaniach mających na celu podnoszenie jakości usług i zapewnienie rzetelności w świetle zaistniałych w przeszłości sytuacji, w tym w związku z zapadłym wyrokiem KIO z dnia 07.11.2024 r. Zamawiający nie odniósł się zupełnie do wskazanych tam czynności, mimo iż zgodnie z art. 110 ust. 3 Pzp, decyzję o wykluczeniu Wykonawcy powinna poprzedzać analiza przez Zamawiającego, czy w sytuacji, w której Zamawiający uznał, że przesłanki określające podstawy wykluczenia wystąpiły, to czy czynności podjęte przez Wykonawcę nie są wystarczające dla wykazania jego rzetelności, uwzględniając okoliczności opisywanych sytuacji. Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny składanych przez Wykonawcę wyjaśnień w sposób rzetelny i kompleksowy (tak wyrok KIO z dnia 15 października 2024 r. sygn. akt KIO 3444/24).

Odwołujący podkreślił - gdyż jakkolwiek dokumenty te znajdują się w aktach postępowania, to nie zostały przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że w toku postępowania dwukrotnie przedstawiał Zamawiającemu informacje w zakresie odnoszącym się do przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp:

Wraz z oświadczeniem JEDZ z dnia 4.11.2024 r. (uzupełnienie zgodnie z art. 139 ust. 2 oraz 126 ust. 1 Pzp) Odwołujący złożył obszernie „Oświadczenie i wyjaśnienia” dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wraz z przedstawieniem dowodów. Odwołujący wskazał informacje o sytuacjach mogących spełniać część przesłanek tego przepisu, ale jednocześnie uzasadniał (szczegółowo i wraz z załączeniem dowodów), dlaczego kumulatywnie nie występują wszystkie okoliczności dające podstawę do wykluczenia Wykonawcy. SAFEGE zawarł tam wyjaśnienia dotyczące m.in. projektów:

- a) Trzy zamówienia świadczone dla Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie;
- b) Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie - (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”).

W dniu 27.11.2024 r. (wraz z uzupełnieniem Wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 Pzp), Odwołujący powołując się na orzeczenie z dnia 7.11.2024 r. z własnej inicjatywy przedstawił zaktualizowany dokument JEDZ, zaktualizowane (datowane na dzień 26.11.2024 r.) oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące historycznych realizacji projektów pod kątem art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz notę informacyjną w zakresie wypełnienia dokumentu JEDZ. Aktualizacja oświadczeń podyktowana była faktem, iż orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nakazało wykluczenie SAFEGE w innym postępowaniu i wskazywało na inną, niż uznawana dotychczas przez Odwołującego za uzasadnioną, interpretację przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do zamówień, w których doszło do wyłącznie do naliczenia kar umownych (bez wypłaty odszkodowania, odstąpienia od umowy itd.). W dokumentach tych znalazły się wyjaśnienia dotyczące m.in.:

- a) Projektu Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie - (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”);

- b) Zamówienia dla Teatru Dramatycznego w Białymstoku;

- c) GDDKiA - Umowa nr O/OL.D-3.2413.11.2021 z dnia 17.11.2021 r. na Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania, pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko - Miłki”;

- d) GDDKiA - Umowa numer O/LU.D-3.2410.1.2022.2.ap z dnia 10.01.2023 r. na Pełnienie nadzoru nad

projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne z podziałem na dwie części; Część 2: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odc. 9. Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km.

Wyjaśnienia z dnia 4.11 oraz 26.11 zawierały opis sytuacji wraz z przedstawieniem argumentacji prawnej i faktycznej uzasadniającej brak podstaw wykluczenia, jak również wskazywały czynności podjęte przez SAFEGE w celu wykazania swojej rzetelności. Zamawiający nie wykazał, dlaczego nie uwzględnił tych wyjaśnień, a powoływane przez niego informacje nie podważają twierdzeń i dowodów przedstawionych przez Wykonawcę. Zamawiający nie twierdzi, że złożone wyjaśnienia były niewystarczające, niekompletne lub niezgodne z rzeczywistością w pełnym zakresie podnoszonych w nich argumentów. W odniesieniu zaś do zamówień wskazanych jako podstawa odrzucenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający nie wskazał, iż dokonał badania i oceny oferty w zakresie, o którym mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp i nie podaje tych przepisów jako podstawy odrzucenia oferty SAFEGE.

Zdaniem Odwołującego ocena Zamawiającego, że doszło do wypełnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do zamówień wymienionych przez niego w pkt a) – e) oraz przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z wyrokiem KIO 3697/24 z dnia 7.11.2024 r. jest nieprawidłowa, a SAFEGE nie podlega wykluczeniu z powodu projektów wskazanych przez Zamawiającego a jego oferta odrzuceniu. Odwołujący przedstawił wszystkie okoliczności faktyczne w odniesieniu do przedmiotowych sytuacji, a w takiej sytuacji, to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że spełnione zostały kumulatywne przesłanki wystąpienia podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do ppkt a) – zamówienia PZDW Rzeszów

Jak wskazuje sam Zamawiający – pomiędzy Województwem Podkarpackim – Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie oraz SAFEGE toczy się obecnie postępowanie sądowe dotyczące tych umów. Informacje przedstawione przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu są niezgodne ze stanowiskiem Odwołującego, które przedstawił on w złożonych wyjaśnieniach – są to właśnie okoliczności sporne między stronami toczącego się postępowania sądowego na tle wskazanych umów.

Odwołujący zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w toku postępowania sądowego przed Sądem Rejonowym w Rzeszowie, zaprzecza zarówno skuteczności i zasadności odstąpienia oraz naliczenia kar umownych przez PZDW, jak i okolicznościom faktycznym przedstawianym przez Zamawiającego. W złożonych przez siebie wyjaśnieniach Odwołujący uzasadnił powody, dla których uznaje, że nie doszło do spełnienia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż:

-nie doszło do niewykonania umowy w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania,

-do niez uzyskania pozwolenia wodnoprawnego doszło z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy,

-odstąpienie od umowy, a w związku z tym także naliczenie z tego tytułu kar umownych nie było skuteczne.

Odwołujący jest przekonany o zasadności swojego stanowiska i posiada dowody na potwierdzenie podnoszonych przez siebie twierdzeń, co uzasadnia fakt złożenia i popierania przez niego powództwa w przedmiotowej sprawie. Zamawiającemu jako stronie w tym sporze znane są wszystkie podnoszone przez Wykonawcę twierdzenia i dowody w zakresie tego sporu.

W sprawie dochodzi do sytuacji, w której Zamawiający w ramach tego postępowania rozstrzyga w istocie kwestię, która jest przedmiotem sporu sądowego toczącego się pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, gdyż rozstrzygnięcie sporu dotyczyć będzie ustalenia okoliczności kluczowych z punktu widzenia wystąpienia przesłanek pozwalających na zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (zawinienie Wykonawcy, skuteczność odstąpienia, fakt niewykonania umowy w danym zakresie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, znaczy zakres niewykonania umowy). W takiej sytuacji, nie sposób oczekiwać, że Wykonawca w ramach wykazywania braku podstaw do wykluczenia w jakikolwiek sposób dokona potwierdzenia, że wystąpiły podstawy do wykluczenia, gdyż takie przyznanie mogłoby być przez Zamawiającego wykorzystane w toku równoległe prowadzonego postępowania sądowego. Z drugiej strony Zamawiający, dokonując oceny na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do przedmiotowych projektów i będąc jednocześnie stroną procesu sądowego, której zależy na jego korzystnym rozstrzygnięciu, nie pozostaje neutralny i obiektywny w takiej ocenie.

Z drugiej strony, do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd Rejonowy w Rzeszowie, nie można twierdzić, że Zamawiający wykazał wystąpienie podstaw wykluczenia Odwołującego na podstawie przedmiotowych okoliczności, skoro jednocześnie wiadomym jest, że Odwołujący przedstawia twierdzenia i dowody całkowicie przeciwne w zakresie kwestii istotnych dla tych podstaw wykluczenia. W takiej sytuacji, w której brak jest możliwości (bez uprzedzenia wyroku sądowego) rozstrzygnięcia co do zasadności twierdzeń stron w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, nie powinno być dopuszczalne, aby Zamawiający mógł „być sędzią we własnej sprawie”, co naruszałoby przepis art. 5 Kodeksu cywilnego stanowiąc nadużycie prawa przez Zamawiającego. Decydująca natomiast powinna być norma dotycząca rozkładu ciężaru dowodu, która w tej sprawie działa na niekorzyść Zamawiającego, który podnosząc

podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zobowiązany jest do wykazania jej występowania w zakresie wszystkich przesłanek tego przepisu.

Ponadto uzasadnienie i ocena Zamawiającego pomija dodatkowe okoliczności, które wskazywał Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, a które – niezależnie od sporu dotyczącego okoliczności faktycznych i prawnych realizacji umów – świadczą o niezasadności wykluczenia Odwołującego w ramach tego postępowania, gdyż nie podważają jego rzetelności do realizacji zamówienia objętego aktualnie prowadzonym postępowaniem:

a)SAFEGE wykazywał, że sporne sytuacje dotyczyły projektów, których przedmiotem było opracowanie operatów wodnoprawnych oraz koncepcji, a zatem projektów stanowiących wyłącznie jedną z kategorii usług oferowanych przez SAFEGE. W portfelu zamówień SAFEGE przeważają usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, nadzoru nad inwestycją oraz opracowaniu dokumentacji projektowej, tj. jak przedmiot zamówienia tego postępowania. Z okoliczności występujących w tamtych projektach nie można zatem przesądzać o potencjalnej nierzetelności w ramach tego zamówienia;

b)Dodatkowo wskazać można na relatywnie niską wartość przedmiotu sporu w toczącym się sporze (kwota ok. 8 tys. zł) w porównaniu do wartości tego zamówienia (cena oferty SAFEGE powyżej 3 mln zł);

c)Należności Zamawiającego z tytułu not księgowych zostały faktycznie zaspokojone przez potrącenie z wynagrodzeniem należnym Wykonawcy;

d)Odwołujący wykazał w złożonych wyjaśnieniach (wyjaśnienia z dnia 4.11.2024 r., str. 6-7 oraz załączone dowody nr 1) środki, które podjął dla zapobiegania występowania podobnych sytuacji po doświadczeniach przedmiotowego projektu, przede wszystkim w zakresie zmian organizacyjnych.

e)Całość podjętych przez Odwołującego czynności wskazuje, że niezależnie od oceny wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wypełnił on również przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 Pzp, co nawet jeśli by uznać wystąpienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wskazywałoby na niepodleganie przez SAFEGE wykluczeniu z postępowania. Zamawiający nie tylko nie wykazał, że czynności Odwołującego nie były wystarczające, ale całkowicie pominął te okoliczności w swojej ocenie.

W odniesieniu do ppkt b) – GDDKiA, projekt „Giżycko-Miłki”

Zamawiający twierdzi, że dokonał „własnej, niezależnej oceny” sprawy, jednakże wydaje się wątpliwe, gdyż nie dysponował on pełną dokumentacją w przedmiotowej sprawie ani też nie odniósł się do wyjaśnień złożonych w tym zakresie przez Odwołującego.

Informacje wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia zostały już przedstawione przez samego Wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 26.11.2024 r., gdzie Odwołujący znacznie szerzej niż w piśmie, które Zamawiający otrzymał od GDDKiA opisał stan faktyczny i okoliczności sprawy, argumentując swoje stanowisko o bezzasadności uznania przedmiotowej sytuacji za wypełniającą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (str. 16-18 tego dokumentu). Okoliczności opisane przez Odwołującego stanowią argumenty przemawiające za niezasadnością decyzji GDDKiA o odstąpieniu od umowy, ale także przedstawiają charakter sporny przedmiotowej sprawy.

Zamawiający dokonał swojej oceny w oparciu o informacje uzyskane od GDDKiA w dniu 2.12.2024 r., podczas gdy oświadczenie o odstąpieniu, czyli sytuacja stanowiąca podstawę uznania, że wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty SAFEGE, zostało złożone przez GDDKiA w dniu 14.11.2024 r., tj. zaledwie trzy tygodnie wcześniej i niespełna dwa tygodnie przed złożonymi przez Odwołującego zaktualizowanymi wyjaśnieniami do JEDZ z dnia 26.11.2024 r. W tak krótkim okresie SAFEGE nie miało możliwości (co wskazano zresztą w wyjaśnieniach z dnia 26.11.2024 r.) przeanalizowania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w celu kompletnej oceny stanowiska i argumentów GDDKiA, a tym bardziej podjęcia ewentualnych środków zaradczo-naprawczych.

Na dzień 26.11.2024 r., jak i obecnie, okoliczności przedstawione w złożonych wyjaśnieniach, jak i zgromadzony materiał dowodowy świadczy co najmniej o bezzasadności odstąpienia i wystąpieniu opóźnień w realizacji przedmiotu umowy z przyczyn nieleżących po stronie SAFEGE. W związku z tym, ocena sytuacji przez Zamawiającego jest niezasadna, a decyzja o wykluczeniu SAFEGE z powołaniem na sytuację zaistniałą w przedmiotowym kontrakcie – co najmniej przedwczesna.

Mając na uwadze krótki odstęp czasowy między złożonym oświadczeniem o odstąpieniu a datą oceny sytuacji przez Zamawiającego, bez znaczenia dla podstawy wykluczenia Wykonawcy jest fakt, że na dzień 02.12.2024 r. Wykonawca nie wystąpił z pozwem do sądu w przedmiotowej sprawie – byłoby to co najmniej zaskakujące, gdyż standardem (a i wymogiem formalnym pozwu) jest wcześniejsza próba ugodowego rozwiązania sytuacji spornych. Wykonawca zarówno wtedy, jak i obecnie, pozostaje w dalszym ciągu uprawniony do kwestionowania oświadczenia GDDKiA i dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. Aktualnie, SAFEGE skierował do GDDKiA za pośrednictwem sądu zawiadanie do próby ugodowej i oczekuje na posiedzenie pojednawcze, które wyznaczono na dzień 6 maja 2025 r. Na dzień składania odwołania, GDDKiA nie wystosowało w żadnej formie odmowy podjęcia rozmów w celu polubownego rozwiązania sporu.

W odniesieniu do ppkt c) – GDDKiA, projekt dotyczący drogi S7 „Hrebenne”

Odwołujący poinformował Zamawiającego o przedmiotowej sytuacji w wyjaśnieniach z dnia 26.11.2024 r., a przedstawione w informacji o odrzuceniu i w piśmie GDDKiA Oddział w Lublinie z 03.12.2024 r. informacje o stanie faktycznym nie wnoszą nic ponad to, o czym poinformował Odwołujący, przy czym dodatkowy opis sprawy przedstawiony przez Odwołującego został przez Zamawiającego całkowicie pominięty.

Twierdzenie Zamawiającego, iż dokonał własnej, niezależnej oceny sytuacji jest zatem całkowicie niewiarygodne, gdyż Zamawiający powtórzył wyłącznie ocenę wyrażoną przez GDDKiA w nadesłanym piśmie, ale nie dokonał obiektywnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy i ustalenia stanu faktycznego. Zamawiający nie rozważył i nie wykazał przesłanek, które miałyby wskazywać na nienależyte wykonanie umowy długotrwale lub w istotnym zakresie – w informacji o odrzuceniu brak jest wskazania, co miałyby świadczyć o istotności rzekomo nienależycie wykonanego zobowiązania, zarówno co do zakresu czy też wysokości poniesionej szkody. Samo stwierdzenie, że doszło do naliczenia kary nie uprawnia do oceny, że takie zdarzenie wypełnia przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (tak wyrok KIO z dnia 9.09.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 2987/24).

Również wysokość naliczonych kar umownych (na łączną kwotę 212 559,32 zł) w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z Umowy (szacunkowe wynagrodzenie wynosi brutto 14 053 906,20 zł, natomiast maksymalne – 21 080 859,30 zł), stanowiąca zaledwie 1% wynagrodzenia maksymalnego, nie może świadczyć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania w znaczącym stopniu lub zakresie.

Odwołujący wyjaśnił, iż dokonał bezzwłocznego zakwestionowania naliczonej przez Zamawiającego kary, odesłał notę księgową bez księgowania i wskazywał na brak podstaw faktycznych i prawnych do naliczenia kary umownej. Odwołujący zwrócił uwagę na nieprawidłowości m.in. dotyczące łącznego naliczenia kar, o których mowa w § 36 pkt 12-14 przedmiotowej umowy, wiążące się de facto z dublowaniem sankcji za te same okoliczności, brak realnego wpływu uchybień Konsultanta na zachowanie ciągłości sprawowania nadzoru nad inwestycją, brak szkody po stronie Zamawiającego, a także planowany („prognozowany”) charakter HPPK, który stanowi punkt odniesienia dla naliczania kar umownych. Spór Stron w przedmiotowym zakresie wynika również z rozbieżności między stronami w zakresie interpretacji postanowień umowy m.in. dotyczących HPPK. Do naliczenia kary umownej nie doszło zatem w okolicznościach, które ujawniałyby brak rzetelności po stronie SAFEGE czy poniesienie szkody przez inwestora. Sporne (a według Odwołującego tylko pozorne) naruszenie umowy nie miało również wpływu na postęp robót budowlanych objętych nadzorem Wykonawcy.

Notę obciążeniową zawierającą karę umowną przywołaną przez GDDKiA wystawiono w dniu 11.06.2024 r. w ramach nadal wykonywanego kontraktu, co oznacza, że strony mają jeszcze możliwość rozwiązania przedmiotowego sporu i zmiany zajmowanych stanowisk. Aktualnie sprawa ma charakter sporny i jest przedmiotem wymiany korespondencji oraz prób polubownego rozwiązania sporu, które nie zostały jeszcze wyczerpane. Odwołujący aktualnie finalizuje prace nad odpowiednim wnioskiem w tym zakresie. Zamawiający powołał się ponadto na brak informacji ze strony GDDKiA o wystąpieniu na drogę sądową. Nie świadczy to w żaden sposób o wystąpieniu podstawy wykluczenia. Potwierdza to tylko, iż Zamawiający zaniechał rzetelnego ustalenia stanu faktycznego.

W ocenie Odwołującego, zaistniała sytuacja, niezależnie od tego, że nie spełnione zostały podstawy umowne do naliczenia kary umownej, nie miała wpływu na jakość świadczonych usług ani nie wiązała się z poniesieniem przez inwestora żadnej szkody (brak charakteru odszkodowawczego naliczonych kar umownych wymaganego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Zamawiający pominał istotną dla oceny sytuacji okoliczność, że należność z noty księgowej, niezależnie od faktu jej kwestionowania przez Odwołującego, została zaspokojona przez GDDKiA przez potrącenie.

W odniesieniu do ppkt d) – Teatr Dramatyczny w Białymstoku

W zakresie tego zamówienia, Zamawiający ograniczył uzasadnienie odrzucenia do powtórzenia stwierdzeń zawartych w piśmie wysłanym w imieniu Teatru Dramatycznego w Białymstoku z dnia 03.12.2024 r., nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego (z dnia 26.11.2024 r.) i nie wskazał, w jakim zakresie powołane przez niego okoliczności wypełniają w jego ocenie przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, mimo udzielonych przez SAFEGE szczegółowych wyjaśnień, co do pozostałych, nie wskazanych w piśmie okoliczności stanu faktycznego.

Zamawiający, podobnie jak w przypadku pozostałych projektów nie dokonał rzeczywistej oceny stany faktycznego, a jedynie powtórzył dokładnie te informacje, które uzyskał w odpowiedzi na swoje zapytania od inwestora, pomijając jakiegokolwiek inne okoliczności, które powinny podlegać jego badaniu i ocenie. Wyraźnie widać to w faktie, iż w przypadku tego projektu, Zamawiający nie powtórzył nawet brzmienia przesłanek przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, powodując, że przedstawione okoliczności faktyczne nie potwierdzają nawet tylko w ogólnym stwierdzeniu wystąpienia podstawy wykluczenia. Znamienne jest, że w tym przypadku Zamawiający nie dysponował nawet oceną stanu faktycznego przez zamawiającego, którego odpytał o zrealizowany przez SAFEGE projekt, gdyż w odpowiedzi na pytanie nr 5 o występowanie przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, inwestor udzielił bardzo adekwatnej odpowiedzi, obrazującej

kardynalny błąd, jaki popełnił Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, polegający na nie uwzględnieniu różnic między przedstawieniem faktów, przedstawieniem subiektywnej opinii danej strony (zainteresowanej w sprawie) co do tych faktów a oceną prawną podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Cytując odpowiedź na pytanie nr 5, Teatr Dramatyczny w Białymstoku wskazał, że „Przekazanie informacji publicznej nie polega na interpretacji przepisów prawa”.

Odwołujący przedstawił stosowne wyjaśnienia dotyczące okoliczności odstąpienia od umowy i argumentację wykazującą dlaczego wskazanej sytuacji nie można zakwalifikować jako podstawy odrzucenia. Strony znajdują się w sporze co do naliczonych kar umownych, jak i co do skuteczności odstąpienia inwestora od umowy. W rzeczywistości, to Wykonawca pierwszy, w oparciu o brak współdziałania i nienależytą realizację umowy przez inwestora, złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z ważnych powodów. Dopiero w reakcji na oświadczenie Wykonawcy, inwestor złożył własne oświadczenie i poinformował o naliczeniu z tego tytułu kary umownej. Nie doszło zatem do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a odstąpienie złożone przez Zamawiającego już po zerwaniu stosunku prawnego jest nieskuteczne.

Aktualnie Odwołujący przygotowuje się do podjęcia kroków prawnych w celów ochrony swoich praw i znajduje się w terminie na dokonanie tych czynności. Wymaga podkreślenia, że umowa została zawarta rok temu, a konflikt dotyczy oświadczeń stron składanych w drugiej połowie 2024 r.

Ocena Zamawiającego została oparta o jednostronne informacje i nie podjął on nawet próby wykazania, że wystąpiły wszystkie wymagane przesłanki wykluczenia Wykonawcy.

W odniesieniu do ppkt e) oraz przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – umowa dla ZIM w Krakowie (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”)

Zamawiający jako jedyny argument i podstawę uznania wykluczenia Wykonawcy wskazuje odwołanie do wyroku KIO z dnia 07.11.2024 r. w sprawie KIO 3697/24. Takie określenie podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego jest nieprawidłowe, gdyż ani Zamawiający działający w innych postępowaniach ani składy orzekające Izby w innych sprawach nie są związane wyrokiem Izby i mogą oceniać wskazane okoliczności odmienne w zależności od stanu sprawy.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, zarówno w dniu 04.11, jak i 26.11.2024 r., przedstawił Zamawiającemu informacje o tej sytuacji – Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji przedstawianej przez Wykonawcy i nie wziął również pod uwagę spektrum czasowego wydarzeń – wyrok został ogłoszony w dniu 7.11.2024 r., to znaczy iż w momencie przekazywania Zamawiającemu formularza JEDZ oraz późniejszej aktualizacji formularza JEDZ, Wykonawca nie dysponował jeszcze pisemnym uzasadnieniem. Zamawiający został poinformowany o wszystkich okolicznościach, które były znane i kluczowe na tym etapie sprawy.

W szczególności, nie jest zasadne zarzucanie Odwołującemu braku złożenia selfcleaningu w zakresie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Już w dniu 04 listopada 2024 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego o wniesionym odwołaniu i przedstawił okoliczności przemawiającego za jego bezpodstawnością, dołączając dowody, w tym potwierdzenie pochodzące od samego inwestora ZIM Kraków – oświadczenie z 18.10.2024 r. (Załącznik nr 5 do wyjaśnień z 4.11.2024 r.), w którym inwestor potwierdza wyraźnie m.in., że „w ocenie Zamawiającego na dzień złożenia niniejszego dokumentu okoliczności zaistniałe na Umowie nie prowadzą do wypełnienia przez SAFEGE przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp”.

Następnie, w dniu 27 listopada 2024 r., Odwołujący przekazał informacje – Nota informacyjna w zakresie wypełnienia JEDZ w odniesieniu do pytania dotyczącego wprowadzenia w błąd – Zamawiający pominął całkowicie przedstawioną tam argumentację uzasadniającą i wykazującą dlaczego, w związku z wydanym wyrokiem, Odwołujący nie składa self-cleaningu w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący wskazywał m.in. iż w dniu składania informacji nie otrzymał jeszcze pisemnego uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 3697/24, co uniemożliwiało mu rzetelną analizę okoliczności uwzględnionych przez Izbę, a także przygotowanie ewentualnego samooczyszczenia, które uwzględniałoby motywy zapadłego wyroku. Odwołujący poinformował także o zamiarze wniesienia skargi na wyrok, co też zrobił z zachowaniem ustawowego terminu w dniu 12 grudnia 2024 r.

Uzasadnienie zawarte przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu dotyczące stosowania się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp do innych postępowań, nie ma nic wspólnego z argumentacją przedstawioną w toku postępowania przez Odwołującego i nie stanowi na nią odpowiedzi.

Odwołujący wykazał zatem, adekwatnie do momentu składania oświadczeń o braku podstaw wykluczenia okoliczności wymagane w celu potwierdzenia, że nie występują wobec niego przesłanki wykluczenia. Uprzedzając ewentualne kontrargumenty Zamawiającego, Odwołujący zaznacza, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 lipca 2023 r. w sprawie XXIII Zs 33/23 – Odwołujący nie był zobowiązany do samodzielnego bieżącego informowania Zamawiającego o dalszym przebiegu sprawy, po tym jak złożone przez niego wyjaśnienia i informacje o braku podstaw do wykluczenia były adekwatne na moment ich składania.

Niezależnie od powyższego, umowa ZIM w Krakowie (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”) nie spełniała przesłanek kwalifikujących ją jako podstawa wykluczenia, ani z art. 109 ust. 1 pkt 7, ani też pkt 8 Pzp. Oprócz

okoliczności wykazywanych przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach i dokumentach z listopada 2024 r. Odwołujący wskazuje ponadto, iż:

a) Niewskazanie projektu 8. Pułku Ułanów w wyjaśnieniach składanych wraz z ofertą w postępowaniu, którego dotyczył wyrok KIO 3697/24 było podyktowane okolicznościami realizacyjnymi w ramach projektu, rozmowami prowadzonymi z inwestorem, przyjętą interpretacją co do sposobu wypełniania dokumentu JEDZ oraz zakresu informacji ujawnianych w ramach historycznych realizacji inwestycji;

b) Okoliczności realizacyjne Projektu 8. Pułk Ułanów były również przedmiotem oceny dokonanej przez inny skład Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 4037/24. W tej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała odmiennej oceny wypełniania przez ten sam projekt podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Odwołanie na wybór oferty SAFEGE, zarzucające m.in. naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, zostało prawomocnie oddalone wyrokiem KIO z dnia 29.11.2024 r. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia, Izba wskazała m.in. iż nie wykazano odszkodowawczego charakteru naliczonej kary, a także, iż odwołujący w tej sprawie „nie podjął on również próby wykazania, że działanie SAFEGE było zawinione oraz że naruszenie było poważne. Istotności naruszenia Odwołujący upatruje jedynie w długości opóźnienia. Zdaniem Izby nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że oświadczenie Gminy Miasto Kraków nie powinno mieć przy dokonywaniu przez Zamawiającego znaczenia. Dokonywał on bowiem oceny w oparciu o całą posiadaną dokumentację. Gmina Miejska Kraków nie uznała, aby były spełnione przesłanki do wykluczenia. Świadczy to o braku spełnienia przynajmniej jednej z przesłanek. Do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień SAFEGE przedstawił notatkę z dnia 10 października 2024 r. podpisaną pomiędzy SAFEGE a Gminą Miejską Kraków potwierdzającą częściowe wykonanie umowy. Dodatkowo wykonawca ten przedstawił korespondencję do Zamawiającego - Gminy Miejskiej Kraków wskazującą na charakter sporny nałożonych kar umownych. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, podczas gdy to na nim spoczywał ciężar dowodowy wykazania, że w stosunku do SAFEGE wystąpiły wszystkie przesłanki zastosowania podstawy wykluczenia”. Tym samym, Izba potwierdziła także pośrednio, że SAFEGE – dysponując wiedzą o tych okolicznościach przemawiających za brakiem spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wobec tego zadania, nie przedstawiał zamawiającemu PKP PLK informacji wprowadzających w błąd twierdząc, że nie podlega wykluczenia ze względu na naliczenie kar w związku z umową.

Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym np. w wyroku z dnia 9.09.2024 r. w sprawie sygn. KIO 2987/24: „Odwołanie mogłoby zasługiwać na uwzględnienie jedynie wówczas, gdyby odwołujący wykazał spełnienie się wobec MG GP przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w związku z naliczeniem mu kar umownych, czemu nie sprostał. Multiconsult nie uzasadnił nawet w sposób dostateczny, nie mówiąc już o udowodnieniu, czy i dlaczego okoliczności leżące u podstaw naliczenia przedmiotowych kar umownych, na projektach opisanych w treści odwołania, miałyby spowodować ziszczenie się wobec przystępującego przesłanki wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponownie należy bowiem podkreślić, że tylko w takim przypadku można byłoby rozważyć ewentualny obowiązek leżący po stornie MG GP do udzielenia w dokumencie JEDZ odpowiedzi twierdzącej na pytanie czy wykonawca znajduje się w sytuacji, w której nałożono na niego odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje.”

c) Fakt, iż ten sam projekt został odmiennie oceniony w ramach dwóch różnych postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą, wskazuje niezbicie, że Zamawiający powinien każdorazowo dokonywać pełnego zweryfikowania stanu faktycznego i prawnego w danej sprawie, a nie opierać się wyłącznie na okolicznościach podnoszonych w ramach innego postępowania odwoławczego i bezkrytycznie przyjmować zawarte tam argumenty i zapadłe orzeczenie.

d) Zamawiający powinien był chociażby podjąć wątpliwości, mając na uwadze wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku postępowania, i przed dokonaniem odrzucenia oferty, wezwać Odwołującego do wyjaśnień na temat aktualnego stanu sprawy i umożliwić mu chociażby złożenie samooczyszczenia i wykazania, że od dnia uzyskania pisemnego uzasadnienia wyroku z dnia 7.11.2024 r. podjął środki spełniające przesłanki z art. 110 ust. 2 Pzp i skutecznie wykazuje brak podstaw do wykluczenia.

e) Skuteczność wyjaśnień składanych przez Odwołującego w związku z wyrokiem w sprawie KIO 3697/24 oraz KIO 4037/24, potwierdza fakt, że Odwołujący nie został wykluczony z powodu art. 109 ust. 1 pkt 7 ani pkt 8 Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych – już po zapadnięciu orzeczenia z dnia 7.11.2024 r. w sprawie KIO 3697/24, zarówno przez ZIM Kraków, jak i przez PKP PLK S.A., które było zamawiającym w sprawie postępowania objętego wyrokiem KIO 3697/24. Zamawiający PKP PLK S.A. nie poniósł szkody w związku z zaistnieniem omawianej sytuacji w ramach tego postępowania (nie zawarł umowy z Wykonawcą). Co więcej w toku rozprawy mającej na celu rozpoznanie przedmiotowego odwołania oświadczył, iż stanowisko SAFEGE przekonało go, a następnie podtrzymywał to stanowisko w ramach kolejnego prowadzonego postępowania z udziałem Odwołującego, gdzie podniesiono analogiczne zarzuty (sprawa KIO sygnatura akt: KIO 4603/24. Ostatecznie odwołanie zostało cofnięte przez odwołującego).

Dodatkowo inwestor – Gmina Miasto Kraków – ZIM, już po zapadnięciu wyroku zawarł z SAFEGE kolejną umowę – na pełnienie nadzoru autorskiego nad dokumentacją stanowiącą podstawę realizacji inwestycji pn.: „Budowa 8 Pułku Ułanów” (Umowa nr ZIM/02/2025/012 z dnia 25.02.2025 r.).

Mając na względzie, że funkcjonują dwa odmienne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie oceny, czy Wykonawca realizując Projekt 8. Pułk Ułanów wypełnił podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz ryzyko dla dalszego ofertowania, jakie niesie dla Wykonawcy ten wyrok, a także pozostałe opisane powyżej okoliczności, SAFEGE podjął odpowiednie działania i środki zapobiegawcze, określone w art. 110 ust. 2 PZP, w celu potwierdzenia rzetelności Wykonawcy. Jednakże na dzień dokonywania oceny okoliczności przedstawionych przez Odwołującego w ramach tego postępowania, tj. w sytuacji, w której SAFEGE nie doręczono jeszcze nawet pisemnego uzasadnienia wyroku w sprawie 3697/24, Odwołujący nie mógł być zobowiązany do składania samooczystczenia i wykazywania dodatkowych okoliczności poza poinformowaniem Zamawiającego o znanych na ten moment okolicznościach sprawy – co Odwołujący uczynił.

Ocena dokonywana przez Zamawiającego na podstawie posiadanych przez niego w toku postępowania informacji była nieuprawniona. Zarówno w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7, jak i art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W każdym z przypadków, Zamawiający oparł swoją decyzję wyłącznie o brzmienie sentencji orzeczenia w sprawie KIO 3697/24.

Zamawiający nie dopełnił wymagań koniecznych dla skutecznego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jakkolwiek okoliczności faktyczne lub informacje przedstawione przez Zamawiającego opierają się wyłącznie o jednostronne stanowiska inwestorów pozostających w sporze z Wykonawcą i niepełny przedstawiany przez nich opis stanu faktycznego. Co znamienne, Zamawiający nie powołuje się na oświadczenia i informacje od inwestorów w tych przypadkach, gdy ich ocena nie potwierdza występowania przesłanek wykluczenia lub nawet wyraźnie neguje, że umowa kwalifikuje się jako spełniająca przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (w szczególności: potwierdzenie z dnia 18.10.2024 r. wystawione przez ZIM Kraków).

W wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1435/18, KIO 1440/18 wskazano, że(...) złożone przez odwołującego T dowody prezentowały jedynie ocenę zamawiającego PKP co zasadności rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie konsorcjum, co nie jest wystarczające do weryfikacji, czy rzeczywiście rozwiązanie ww. umowy było uprawnione”. Analogiczne stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 4 listopada 2019r., sygn. akt KIO 2105/19: „Odwołujący oparł zarzut o informacje od zamawiającego uzyskane z pisma zamawiającego z dnia 25 lutego 2019r. i innych dowodów na okoliczność rozwiązania umów z przystępującym T nie powoływał. Natomiast w ocenie Izby w sytuacji, gdy przystępujący tym okolicznościom przeczy powołując się na wyjaśnienia przedstawione zamawiającemu w dniu 27 lutego 2019r., to nie można dowodu odwołującego uznać za rozstrzygający w przedmiotowej sprawie. Zawiera on bowiem oświadczenie jednej ze stron umowy, które druga ze stron umowy podważa. Umowa ta nie ma waloru decyzji administracyjnej wydawanej w granicach władztwa publicznego, tym samym sam fakt złożenia oświadczenia przez zamawiającego może podlegać ocenie i badaniu.”

W takim stanie sprawy wskazać należy na istotne uchybienie przez Zamawiającego przepisom i zasadom ustawy Pzp, w szczególności zasadom określonym w art. 16 pkt 1-3 Pzp, które zobowiązują Zamawiającego do działania w sposób proporcjonalny, przejrzysty i z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na pewno nie czyni zadość tym zasadom ocena Zamawiającego pomijająca składane w toku postępowania przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz przedstawienie lakonicznego, aż do naruszenia granic art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, uzasadnienia odrzucenia oferty.

Zamawiający, zobowiązany do obiektywnej oceny zgłoszonych przez Odwołującego sytuacji oraz obarczony ciężarem dowodu w zakresie ustalenia, że podstawy wykluczenia faktycznie i jednoznacznie wystąpiły w danym przypadku, powinien był co najmniej powziąć wątpliwości, co do pozyskiwanych samodzielnie informacji. Zamawiający powinien był przynajmniej wezwać Wykonawcę do dalszych wyjaśnień, ustosunkowania się do informacji uzyskanych od inwestorów lub zaktualizowania okoliczności mogących mieć znaczenie dla wystąpienia podstaw wykluczenia. Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób wywieźć, czy powodem niekorzystnej dla Odwołującego oceny w zakresie przedstawionych projektów była niekompletność lub niejasność wyjaśnień, argumentacji lub dowodów przedstawionych przez Odwołującego (Zamawiający na nic takiego nie wskazuje, a otrzymał dwukrotnie korespondencję od Odwołującego w tym zakresie). Jeśliby natomiast tak było, to w przedmiotowej sprawie obowiązkiem Zamawiającego było poprzedzenie odrzucenia oferty wezwaniem SAFEGE do wyjaśnienia powziętych przez niego wątpliwości czy też uzupełnienia informacji. Wyjaśnienia składane przez SAFEGE (składane bez odrębnego wezwania) były przedstawione z należytą starannością i adekwatne do sytuacji i okresu ich składania – jeśli Zamawiający uzyskując we własnym zakresie nowe informacje, widział potrzebę uzupełnienia lub wyjaśnienia materiału przedstawionego przez SAFEGE, nie tylko mógł, ale powinien był dopełnić takiego wezwania.

Zamawiający nie był uprawniony do przyznania całkowitej wiary i oparciu w pełnym zakresie podstaw faktycznych

odrzućenia oferty o jednostronne stanowisko inwestora, pomijając wszelkie dodatkowe okoliczności przedstawiane przez Odwołującego lub kluczowe do ustalenia w celu stwierdzenia podstaw wykluczenia. Na gruncie prawa zamówień publicznych, nie tylko wykonawca, ale także Zamawiający posiada status profesjonalisty i zobowiązany jest do zachowania należytej staranności w prowadzonych działaniach i podejmowanych decyzjach. Minimalnym oczekiwanym poziomem takiej staranności jest wyjaśnienie okoliczności faktycznych z uwzględnieniem stanowisk obu stron sporu oraz wskazanie, na jakiej podstawie i w jakim zakresie, uznano jedno z nich za decydujące. Kwestionowane w odwołaniu czynności Zamawiającego i podnoszone zarzuty wskazują na rażące zaniechania Zamawiającego w obu tych aspektach.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Brak wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a odrzucenia oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca PROMOST CONSULTING Spółka ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, gdzie wnosil o uznanie odwołania za bezzasadne.

Odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne, będące odniesieniem do odpowiedzi na odwołanie i stanowiska Przystępującego.

Odwołujący i pozostałe Strony oraz Uczestnik postępowania prawidłowo przedstawili stan faktyczny, nie zachodziła więc konieczność jego powtórzenia.

Porządkowo jedynie Izba przytoczyła treść decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego: Zamawiający działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy: SAFEGE, gdyż została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w dniu 22.05.2024 r. opublikował SWZ oraz ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dla przedmiotowego postępowania.

W dokumentach postępowania Zamawiający określił przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawcy.

PIDP:

"PKT VII.2 IDW FAKULTATYWNE PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA

Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawców na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8, 10 ustawy PZP."

Ogłoszenie :

2.1.6. Podstawy wykluczenia

- Winien poważnego wykroczenia zawodowego: Dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

- Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje: Dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

- Winni wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji, niemożności dostarczenia wymaganych dokumentów i uzyskania informacji poufnych w ramach tej procedury: Dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp

Wykonawca SAFEGE w dostarczonych dokumentach zobowiązany był przekazać Zamawiającemu informacje na temat wszystkich okoliczności mogących mieć istotne znaczenie z punktu widzenia zaistnienia podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania - nawet jeśli w jego ocenie nie ziszcily się przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zamawiający samodzielnie zbadał, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisów. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18, dokonał tym samym oceny czy w stosunku do wykonawcy zaistniała podstawa wykluczenia i czy Wykonawca na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności poinformował należycie Zamawiającego o wszystkich okolicznościach znajdujących zastosowanie.

Przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

SAFEGE z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do odstąpienia od Umów przez następujących Zamawiających.

a) PZDW Rzeszów - Umowa nr 417/243/WOŚ/9/2022 z dnia 29.09.2022 r. na *Wykonanie operatu wodnoprawnego wraz z odnowieniem pozwolenia wodnoprawnego na usługę wodną polegającą na odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych dla zadania pn. Wykonanie mostu drogowego na potoku Świerczówka w km 1+765 wraz z umocnieniami potoku w okolicy projektowanego mostu oraz wykonanie obustronnych rowów odwadniających i odprowadzanie nimi ścieków opadowych z powierzchni projektowanej drogi do w/w potoku"*

PZDW Rzeszów - Umowa nr 419/243/WOŚ/7/2022 z dnia 28.09.2022 r. na *Wykonanie operatu wodnoprawnego wraz z odnowieniem pozwolenia wodnoprawnego na usługę wodną polegającą na odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych dla przedsięwzięcia pn. „Budowa zatok autobusowych, chodników, odwodnienia i zabezpieczenia kolidującej infrastruktury w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 875 Mielec – Kolbuszowa – Sokołów Małopolski – Leżajsk na terenie gminy Sokołów Małopolski”*

PZDW Rzeszów - Umowa nr 418/243/WOŚ/6/2022 z dnia 28.09.2022 r. na *Wykonanie operatu wodnoprawnego wraz z odnowieniem pozwolenia wodnoprawnego na usługę wodną polegającą na odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych dla drogi wojewódzkiej Nr 881 Sokołów Małopolski – Łańcut – Żurawica na odcinku Trzebuska Kąty – Trzeboś od km 2+555 do 6+052”*

Zamówienia, o których mowa powyżej, świadczone dla Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, nie zostały w pełni wykonane w stosunku do zapisów umów. Wykonawca nie wykonał ich w wyznaczonym terminie w zakresie uzyskania na rzecz Zamawiającego pozwoleń wodnoprawnych na usługę wodną. Odebrany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia nie spełniał wymagań z punktu widzenia celu, któremu miał służyć - uzyskania pozwolenia wodnoprawnego. W związku z tym, Zamawiający odstąpił od ww. umów w części z winy Wykonawcy. Podczas realizacji umów SAFEGE nie zgłaszał PZDW problemów uniemożliwiających wykonanie zadań objętych umowami wskazując przyczyny tego stanu rzeczy. Nastąpiło to dopiero po wezwaniu Wykonawcy do wykonania umowy w terminie. Jednak przedstawione przez SAFEGE argumenty jakoby doszło do opóźnienia w realizacji kontraktu z przyczyn niezależnych od Wykonawcy były niezasadne.

SAFEGE naliczono kary umowne z uwagi na odstąpienie od części każdej z umów (tj. uzyskania pozwoleń wodnoprawnych) z przyczyn niezależnych od Zamawiającego zgodnie z § 9 ust. 1.2 pkt g) Umowy, tj. kary za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto. Wystawiono w związku z powyższym 3 noty obciążeniowe.

Pomiędzy Województwem Podkarpackim - Podkarpackim Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie oraz SAFEGE toczy się obecnie postępowanie sądowe prowadzone przez Sąd Rejonowy w Rzeszowie, XI Wydział Cywilny

b) GDDKiA - Umowa nr O/OL.D-3.2413.11.2021 z dnia 17.11.2021 r. na *Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania, pn: „Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko - Miłki”.*

W ocenie GDDKiA (Zamawiający – PZDW dokonał w tym zakresie własnej, niezależnej oceny) SAFEGE do dni odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po jej stronie, w znacznym zakresie nie wykonała zobowiązań wynikających z Umowy. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad odstąpił od całości ww. Umowy z powodu niewykonania jej w terminie. Wartość wynagrodzenia umownego wynosiła 1 888 050,00 zł. brutto. Kara umowna z tytułu odstąpienia została naliczona w kwocie 153 500 zł.

Zgodnie ze stanem wiedzy Zamawiającego - GDDKiA, na dzień 2.12.2024 r. Wykonawca nie wystąpił z pozwem do sądu w przedmiotowej sprawie.

c) GDDKiA - Umowa numer O/LU.D-3.2410.1.2022.2.ap z dnia 10.01.2023 r. na *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne z podziałem na dwie części; Część 2: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odc. 9. Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km.*

W ocenie GDDKiA Oddział w Lublinie (Zamawiający – PZDW dokonał w tym zakresie własnej, niezależnej oceny) SAFEGE nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z umowy, co miało bezpośrednie przełożenie na niską jakość świadczonej usługi w zakresie nadzoru i zarządzania kontraktem. Wobec powyższego SAFEGE naliczona została kara umowna w łącznej wysokości 212.559,37 zł.

Zamawiający – GDDKiA poinformowała, że nie posiada wiedzy na temat tego, czy SAFEGE wystąpił na drogę postępowania sądowego w przedmiotowej sprawie.

d) Teatr Dramatyczny w Białymstoku - Umowa nr AG.7.2024 z dnia 1 marca 2024 r. na *Pełnienie funkcji inżyniera*

Kontraktu dla projektu pn. „Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgielki w Białymstoku”.

Zamawiający odstąpił od umowy ze względu na nienależyte wykonanie ww. umowy przez wykonawcę. Urzeczywistniało się ono m.in. w:

- szeregu okoliczności wskazanych w pismach z dnia 19 lipca 2024 r. oraz 29 lipca 2024 r.;
- niestawiennictwie wykonawcy na radach i naradach organizowanych dla Inwestycji;
- braku wykonania obowiązków przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia

(np. braku przedkładania raportów miesięcznych, braku przedłożenia raportu do rozszczenia GW czy brak uzgodnienia w terminie szczegółowej formy arkusza rozliczeniowego).

Wynagrodzenie wykonawcy wynosiło 910.163,10 zł brutto. SAFEGE zostały naliczone kary umowne w wysokości 301.082,42 zł. Ze względu na ustanowiony w § 23 ust. 6 Umowy limit kar umownych naliczono Wykonawcy kary umowne do wysokości 273.048,93 zł.

e) Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie - (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”) - zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 07.11.2024 r. o sygn. KIO 3697/24. Wykonawca 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.

Przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 07.11.2024 r. o sygn. KIO 3697/24 (zadanie: “Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”) wykonawca SAFEGE:

- co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, i polegające na nieujawnianiu faktu naliczenia wykonawcy SAFEGE kar umownych w ramach Inwestycji prowadzonej przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, co miało wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w przywołanym postępowaniu.

Wykonawca SAFEGE nie dokonał samooczyszczenia (self-cleaning) i tym samym nie udowodnił, że spełnił przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Pzp, w związku z czym podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Podstawy wykluczenia mogą dotyczyć również postępowań prowadzonych przez innych zamawiających. Okres, w którym wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp obejmuje okres 2 lat od zaistnienia przesłanki (zdarzenia) określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zatem Zamawiający ocenił podjęte przez wykonawcę czynności wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp przed podjęciem decyzji o wykluczeniu.

Gdyby więc przyjąć, że wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 9 n.p.z.p. nie dotyczy innych (poprzednich) postępowań lub nie dotyczy sytuacji jaka miała miejsce u innych zamawiających przepis art. 110 ust. 2 i 3 n.p.z.p. w większości swoich zapisów nie miałby racji bytu, gdyż zamawiający miałby wystarczającą wiedzę dla oceny sytuacji bez wyjaśnień

i dowodów uzyskanych ze strony wykonawcy, gdyż zamawiający z pewnością posiadałby na tą okoliczność stosowną dokumentację. (vide: Czy fakt, że wykonawca był wykluczony w innych postępowaniach u innych zamawiających, na podstawie fakultatywnych przesłanek określonych przez zamawiającego w obecnym postępowaniu, stanowi podstawę wykluczenia go z tego postępowania? QA 1709418 LEX - Mikulska-Nawacka Marta - 26 maja 2021 r.).

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia

- art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp polegający na błędnym sporządzeniu uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

- art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp polegający na niewykazaniu, że wobec Odwołującego ziściły się przesłanki wykluczenia.

W pozostałym zakresie oddaliła zarzuty odwołania jako przedwczesne. Z uwagi na braki formalne sporządzonego uzasadnienia, na obecnym etapie nie jest możliwe stwierdzenie, czy wobec Odwołującego ziściły się przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7.

W związku z uwzględnieniem jednego z zarzutów, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Dostrzeżenia wymaga, iż obowiązki informacyjne zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przewidziane w przepisach Pzp obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań Zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Tezy te znajdują potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie KIO, gdzie m.in. z wyroku KIO

z 22.09.2020 r., sygn. akt: KIO 1864/20, KIO 1869/20 wynika, że *uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły*

u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się ustosunkować do wskazanych uchybień. Choć wyrok został wydany na kanwie poprzedniej ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jednak z uwagi na fakt, że cytowane przepisy, co do ich istoty nie uległy zmianie, należy uznać, że orzecznictwo w tym zakresie zachowuje swoją aktualność.

Dalej podkreślenia wymaga, iż zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

Na tę szczególną okoliczność także zwracał uwagę Odwołujący w dodatkowym piśmie procesowym. Odwołujący celnie podkreślał, że *„rozszerzenie podstaw faktycznych czynności odrzucenia oferty nie jest możliwe na etapie postępowania odwoławczego. Gdyż tak, jak Odwołujący związany jest zarzutami odwołania, tak Zamawiający nie może uzupełniać okoliczności faktycznych w stosunku do tych, które wskazywał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego”.*

Ocena dokonywana przez KIO w zakresie konkretnej czynności zamawiającego nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione wykonawcy. Ocena ta nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego. W tym przypadku Izba nie może za Zamawiającego ocenić, czy wobec Odwołującego doszło do ziszczenia się przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp. Izba może jedynie ocenić, czy Zamawiający uzasadniając decyzję wykazał zaistnienie wszystkich elementów normy prawnej do jej zastosowania w danym stanie faktycznym.

Jedynie bowiem wtedy wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnosić zarzuty względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie można wymagać, by wykonawca stawiał zarzuty względem powodów odrzucenia oferty czy wykluczenia z postępowania na podstawie okoliczności, których może się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy na rozprawie, a uprzednio ich nie wyraził. Jest to szczególnie widoczne w przedmiotowej sprawie, gdzie Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia na temat każdej z umów ujętej w zaktualizowanym JEDZ, a Zamawiający, choć również przeprowadził pogłębiony proces badania okoliczności rozwiązania poszczególnych umów, na końcu na zaledwie kilku stronach wskazał, że dana umowa była zawarta, nie została realizowana z przyczyn obciążających wykonawcę, opiewała na konkretną wartość i naliczona na niej kary umowne w podanej wysokości. Zamawiający, choć dysponował obszernym materiałem, ograniczył się w uzasadnieniu faktycznym do lakonicznego stanowiska. Zasadności zarzutu odwołania potwierdza również w ocenie Izby sama treść i objętość odpowiedzi na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający szczegółowo odnosi się do okoliczności, które miały miejsce w toku wykonywania poszczególnych umów. Takiego odniesienia brakuje w decyzji o odrzuceniu oferty. Choć Zamawiający zarzucał brak szczegółowości stanowisku wyjaśnień Odwołującego, wskazywał na posługiwanie się przez wykonawcę pojęciami niedookreślonymi (np. obiektywne okoliczności – bez ich opisanie lub przywołania),

to w uzasadnieniu wyniku postępowania sam dokonał podobnego zabiegu. Praktycznie

w przypadku każdej z umów stwierdzono, że Zamawiający *„w tym zakresie dokonał własnej, niezależnej oceny”*, to nie podano na czym ta ocena polegała. Zamawiający nie podał jakim faktom przedstawionym przez Odwołującego, a jakim przedstawionym przez innych zamawiających, dał wiarę, które okoliczności go przekonały.

Zatem jakiegokolwiek podstawy faktyczne odrzucenia oferty niewyrażone w piśmie informującym o danej czynności, a podnoszone dodatkowo przez Zamawiającego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę w trakcie wyrokowania przez Izbę. Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty

w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex:

„W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać

odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty wyłącznie, jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.”.

Pismo Zamawiającego, zwłaszcza wobec rozbudowanego stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, nie przedstawia rzeczywistych intencji i wniosków Zamawiającego, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na wskazywanej podstawie prawnej. Brak jest w tym stanowisku odesłań do otrzymanych od innych zamawiających informacji, postanowień umownych, wyjaśnień Odwołującego, przepisów ustawy, które z perspektywy potencjalnych naruszeń przyświecały określonej ocenie Zamawiającego.

Rola wyczerpującego uzasadnienia decyzji Zamawiającego jest szczególnie istotna w przypadku zastosowania przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na skutek jaki wywołuje dla wykonawcy. Wykluczenie wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Mamy więc do czynienia ze stanem doniosłym prawnie i gospodarczo dla podmiotu. W wyroku z 23 października 2024 roku Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt XXIII Zs 118/24) podkreślił, że zamawiający decydując się na skorzystanie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma obowiązek wykazać wszystkie przesłanki jego zastosowania. „Dla ich wykazania nie wystarczające zaś jest przyjęcie stanowiska jednej strony (innych zamawiających) bez odniesienia się do stanowiska i dowodów przedstawionych przez drugą stronę. Zamawiający musi wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie było dla tej umowy istotne (...). Zamawiający nie może ograniczyć się do ogólnych twierdzeń odnoszących się do niewłaściwej realizacji zamówienia, winien sprecyzować, które konkretnie zlecenia nie były wykonane przez wykonawcę, dlaczego nie zostały wykonane i w oparciu o które konkretne postanowienia umowy zamawiający uznał nieprawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę”.

Tych elementów nie odnaleziono w przedmiotowym uzasadnieniu decyzji Zamawiającego.

W przypadku umów z PZDW Rzeszów wskazał jedynie na własne stanowisko.

Nie odniósł się kompletnie do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Nie zajął stanowiska wobec argumentów wyjaśnień, że umowa została w znacznej części wykonana, nastąpiło ograniczenie zakresu rzeczowego umów. Zamawiający nie wskazał, które postanowienia umowne zostały naruszone, ile dni wynosiło opóźnienie w wykonywaniu obowiązków umownych, a także na jakim etapie jest spór sądowy. Nie dokonano analizy, które okoliczności zaistniały w toku wykonywania przedmiotowej umowy można uznać za zawinione przez Odwołującego, a na które nie miał wpływu. W uzasadnieniu o wykluczeniu Odwołującego takich informacji brakuje. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie przedstawione przez SAFEGE argumenty jakoby doszło do opóźnienia w realizacji kontraktu z przyczyn niezależnych od Wykonawcy były niezasadne. Szerokie i szczegółowe opisanie obowiązków niewykonanych przez Odwołującego pojawiło się dopiero w odpowiedzi na odwołanie (strony 8-11).

Kolejną umową przywołaną w decyzji o wykluczeniu była umowa realizowana na rzecz GDDKiA - Umowa nr O/OL.D-3.2413.11.2021 z dnia 17.11.2021 r. na Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania, pn: „Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko - Miłki”.

W tym przypadku uzasadnienie Zamawiającego jest nadzwyczaj lakoniczne. Zamawiający podał, że od umowy odstąpił zamawiający GDDKiA, nie wykonano jej w znacznym zakresie, jaka była wartość wynagrodzenia i wysokość naliczonych kar umownych. Zamawiający nie odniósł się w ogóle do wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego. Jeśli Zamawiającemu brakowało wiedzy na temat czy „zaistniał szereg obiektywnych okoliczności, które uniemożliwiły wykonanie Umowy w zakładanych terminach, pomimo dokładania przez Wykonawcę wszelkich starań, w celu sprawnej jej realizacji.”, to mógł o to dopytać Odwołującego. Wykonawca opisał w wyjaśnieniach w jaki sposób procedował wykonywanie umowy, że były na nim zawierane aneksy, że termin na wykonanie zobowiązań umownych był przedłużany za zgodą obu stron umowy, że miały miejsce korekty wysokości naliczanych kar umownych. Znowu dopiero w odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający zestawiał informacje otrzymane od Odwołującego z informacjami uzyskanymi od GDDKiA, wskazując że „Przekazany przez Wykonawcę w dniu 14.10.2024 r. ROŚ nadal nie był wykonany zgodnie z Umową. RDOŚ nakazał wykonanie ROŚ w swoim postanowieniu

z 20.10.2023 r. Od ponad roku wniosek o wydanie DŚU nie został uzupełniony o ROŚ.” Odwołujący nie mógł odnieść się do tej argumentacji składając odwołanie, ponieważ nie wynikała ona z decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wykonawca nie musi natomiast domyślać się, którym argumentom Zamawiający dał wiarę a które uznał za niewiarygodne. Opisanie przez Zamawiającego tej umowy pokazuje ponadto, że dysponował on wiedzą od innych zamawiających i mógł dokonać analizy argumentów obu stron. Jeśli zaś taką analizę przeprowadził, to winien był dać jej wyraz w informacji przekazanej Odwołującemu.

Co do umowy GDDKiA - Umowa numer O/LU.D-3.2410.1.2022.2.ap z dnia 10.01.2023 r. na *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne z podziałem na dwie części; Część 2: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, odc. 9. Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km., to Zamawiający w zasadzie powtórzył uzasadnienie z poprzedniego punktu. Wskazał jedynie, że Odwołujący nienależycie wykonał obowiązki umowne oraz że na kontrakcie zostały naliczone kary umowne. Natomiast w wyjaśnieniach Odwołujący podał argumentację, dlaczego kwestionował naliczone kary umowne. Dodatkowo wyjaśniono także, że nastąpiło zaspokojenie zobowiązań przez potrącenie. Z uwagi jednak na sporny charakter i wysokość kar, Wykonawca prowadzi rozmowy z zamawiającym. Do tej argumentacji Zamawiający się nie odniósł. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający obszernie przywołał postanowienie umowne, które otrzymał od GDDKiA, a które miały być podstawą naliczenia kar i wykonania zastępczego. Dalej Zamawiający zauważył, że „Wykonawca wbrew postanowieniom umowy nie skierował do realizacji kontraktu Personelu Konsultanta, do części prac nie przystąpił Ekspert Kluczowy lub Inny Ekspert, Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku skierowania do pracy w Biurze Konsultanta Weryfikatora dokumentacji projektowej wobec czego względem Wykonawcy doszło do naliczenia kar umownych”. Z powyższego wynika, że Zamawiającemu znane były powody, które doprowadziły do rozwiązania umowy ale nie przedstawił ich w informacji o wykluczeniu Odwołującego, uniemożliwiając tym samym Wykonawcy odniesienie się do tych elementów w odwołaniu.*

Szczególnie widoczna jest niedoskonałość przekazanego Odwołującemu uzasadnienia w przypadku umowy z Teatrem Dramatycznym w Białymstoku - Umowa nr AG.7.2024 z dnia 1 marca 2024 r. na *Pełnienie funkcji inżyniera Kontraktu dla projektu pn. „Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgielki w Białymstoku”.*

W uzasadnieniu przekazanym Odwołującemu Zamawiający wskazał trzy przykłady, na czym miało polegać nienależyte wykonanie obowiązków umownych przez Wykonawcę. Następnie podano wartość kontraktu i wartość kar umownych. W przypadku tego kontraktu Teatr Dramatyczny przedstawił Zamawiającemu bardzo obszerną dokumentację związaną ze sposobem wykonywania obowiązków umownych. Przedstawiono szereg okoliczności, które mogłyby wskazywać na nienależyte wykonywanie umowy, zaniedbywanie obowiązków przez przedstawicieli wykonawcy, nagminne nieobecności na naradach budowy, nieorganizowanie tych narad, niedotrzymywanie terminów dla poszczególnych etapów. Dopiero jednak w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przywołano te okoliczności. Zamawiający w informacji dla Odwołującego nie poruszył istotnej dla tej umowy kwestii, mianowicie skuteczności złożenia przez wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy i dlaczego uznać należy je za nieskuteczne. Argumentacja ta została tak naprawdę przedstawiona na rozprawie.

Oceniając umowę z Zarządem Inwestycji Miejskich w Krakowie - (zadanie: „Budowa ulicy 8 Pułku Ułanów”) w uzasadnieniu Zamawiający w zasadzie ograniczył się do stwierdzenia, że „zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 07.11.2024 r. o sygn. KIO 3697/24. Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Taki sposób uzasadnienia nie może zostać przez Izbę uznany za prawidłowy. Tym bardziej,

że Zamawiający otrzymał wyrok od zamawiającego PKP, co więcej wiedział, że ten zamawiający nadal współpracuje z Odwołującym i nie dokonuje jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp. Odpowiedź na odwołanie zawiera szeroko rozbudowane stanowisko Zamawiającego odnoszące się do przywołanej umowy. Ze stanowiskiem tym Odwołujący nie mógł polemizować w odwołaniu, nie znając go.

Jeżeli zaś Zamawiający, jak zauważył w odpowiedzi na odwołanie, „Odnosząc się do argumentacji Wykonawcy dotyczącej nie złożenia self-cleaningu wraz z wyjaśnieniami z dnia 26.11.2024 r. Zamawiający zwraca uwagę, że w okresie od początku grudnia 2024 r. do 12.03. 2024 r. (rozstrzygnięcie w sprawie) czyli w okresie 3 miesięcy Wykonawca nie podjął żadnych działań celem przedstawienia nowych faktów lub okoliczności mogących mieć wpływ na niewykluczenie go z postępowania przetargowego, w tym nie dokonał samoocyszczenia.”, istniała możliwość wezwania Wykonawcy do

przeprowadzenia procedury self-cleaningu oraz otrzymania od niego uaktualnionych informacji na temat dalszych czynności podjętych po otrzymaniu wyroku Izby, zwłaszcza, że mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, gdzie przesłanki do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia wystąpiły w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, Izba dostrzegając znaczące niedoskonałości przygotowanego przez Zamawiającego uzasadnienia dla Odwołującego, uznała, że zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp potwierdził się. Izba w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia wskazała w jakich elementach upatruje niedoskonałości przekazanego uzasadnienia i w jaki sposób Zamawiający winien powyższą informację uzupełnić.

Jednocześnie uznano, że przedstawione uzasadnienie nie pozwala na ocenę, czy wobec Odwołującego ziszcili się przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zatem zarzut ten ma charakter przedwczesny. Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby na moment przedstawienia decyzji Odwołującemu nie wykazał, że wykonawca 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.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że w stosunku do Odwołującego wystąpiły przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający wystąpienie tej przesłanki wiąże z sentencją wyroku Izby z dnia 7 listopada 2024 roku (sygn. akt KIO 3697/24), gdzie Izba stwierdziła zaistnienie tej przesłanki. Wbrew jednak takiemu stanowisku, nie jest tak, że w tym postępowaniu Wykonawca również na tej samej podstawie prawnej podlega wykluczeniu. Odwołujący poinformował Zamawiającego w uaktualnianych dokumentach JEDZ o toczącym się postępowaniu odwoławczym, o wydaniu wyroku, czekaniu na uzasadnienie wyroku, następnie do możliwości złożenia skargi na to orzeczenie. Nie można więc wywodzić, że Odwołujący ukrywał jakieś informacje przed Zamawiającym. Zamawiający nie wykazał Odwołującemu ani rażącego niedbalstwa ani tym bardziej zamierzonego działania, w wyniku którego został wprowadzony w błąd. Na moment składania uaktualnienia JEDZ Odwołujący złożył skargę na wydany wyrok, nie zgadzał się z wydanym orzeczeniem, natomiast sytuacja ta mogła ulec zmianie w wyniku różnych okoliczności faktycznych i upływu czasu. Warto także zwrócić uwagę, że między wydanie wyroku KIO 3697/24 a poinformowanie Zamawiającego upłynął krótki czas, zaś jak słusznie zauważył Odwołujący w dodatkowym stanowisku procesowym przygotowanie i przeprowadzenie procedury samooczyszczenia wymaga nakładów czasu i przeprowadzenia czynności naprawczych. W przeciwnym przypadku proces self-cleaning miałby charakter iluzoryczny. Izba podziela stanowisko wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Zs 33/23), że jeżeli podstawa do złożenia samooczyszczenia zmaterializowała się już po tym, jak zostały złożone przez Wykonawcę oferta i wstępne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, a podmiot w toku postępowania informował, czemu złożenie samooczyszczenia nie jest możliwe niezwłocznie po ogłoszeniu innego orzeczenia, to Zamawiający nie może wymagać samodzielnego informowania przez Wykonawcę o zmianie okoliczności dotyczących podstaw wykluczenia w każdym momencie postępowania.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty z odwołania, z czego 1 zarzut został uwzględniony, 1 zarzut oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz

koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (ograniczone do wysokości dopuszczonej rozporządzeniem), co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł oraz koszty Zamawiającego w wysokości 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie spisu kosztów złożonego do akt postępowania odwoławczego. Łącznie kwota kosztów postępowania wyniosła 22 200 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1/2 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 11 100,00 zł. Zamawiający winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/2 kwoty rozliczanej, czyli 11 100,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami. Przy czym Izba zniósła wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników i dokonała rozliczenia kosztów uiszczonego wpisu.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

Przewodnicząca:

.....

Członkowie:

.....

.....