Sygn. akt KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23

WYROK

z dnia 4 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Członkowie: Ernest Klauziński

Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. z siedzibą

w Zawierciu oraz Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (KIO 3376/23),

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 3388/23),

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.

z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 3390/23),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3388/23, po stronie Odwołującego,

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3376/23 oraz KIO 3390/23, po stronie Zamawiającego,

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3376/23 oraz KIO 3388/23, po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie KIO 3376/23 w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert, w tym dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 31 października 2023 roku,

2.w pozostałym zakresie odwołanie KIO 3376/23 oddala,

3.uwzględnia odwołanie KIO 3388/23 w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert w tym w tym dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 31 października 2023 roku,

4.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania KIO 3388/23 oddala,

5.oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3390/23,

6.kosztami postępowania w sprawie KIO 3376/23 obciąża w ½ Odwołującego oraz w ½ Zamawiającego i:

6.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

6.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w sprawie KIO 3376/23 kwotę 12 085 zł (dwanaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych),

7.kosztami postępowania w sprawie KIO 3388/23 obciąża w ½ Odwołującego oraz w ½ Zamawiającego i:

7.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

7.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w sprawie KIO 3388/23 kwotę 11 800 zł (jedenaście tysięcy osiemset złotych),

8.kosztami postępowania w sprawie KIO 3390/23 obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznica Klęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Klęczany - Nowy Sącz*".

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 068-204336 w dniu 5 kwietnia 2023 r.

Sprawa o sygn. akt KIO 3376/23

W dniu 10 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation (dalej: „Odwołujący Stecol" lub „Konsorcjum Intercor") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1)art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania oceny dokumentów i informacji złożonych przez Odwołującego dnia 26 września 2023 r., gdy tymczasem obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie merytorycznej oceny czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp niezależnie od momentu, w którym zostaną one podjęte i zakomunikowane Zamawiającemu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego na skutek błędnego uznania, że stosunku do Odwołującego zmaterializowały się podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdy tymczasem Odwołującemu nie sposób zarzucić wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców sprowadzające się do pominięcia dokumentów złożonych przez Odwołującego dnia 26 września 2023 r. (Zamawiający nie wziął ich pod uwagę na etapie dokonywania oceny oferty Odwołującego) przy jednoczesnym zaakceptowaniu pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r.

3)art. 109 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy przypadki nałożenia na Stecol Corporation kar pieniężnych przywołanych w Informacji o wyborze oferty pozwalają w jednoznaczny sposób uznać, że wykluczenie Odwołującego jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne,

4)art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp poprzez ich niezastosowanie, gdy tymczasem członkowie Konsorcjum Budimex (Gulermak Turcja oraz Gulermak Polska) wprowadzili Zamawiającego w błąd poprzez oświadczenie w dokumencie JEDZ, iż nie znajdują się w sytuacji, w której doszło wystąpienia okoliczności badanych na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (na pytanie JEDZ odpowiedzieli „NIE"), co powinno prowadzić Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum Budimex z postępowania;

Odwołujący Stecol wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej;
- ponownego badania i oceny ofert, a w jej ramach powtórzenie aukcji elektronicznej z udziałem Odwołującego, niezapraszanie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Budimex, uznanie, że Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący Stecol wyjaśnił, że w trakcie niniejszego postępowania, w ramach postępowania odwoławczego dotyczącego innego postępowania, w dniu 26 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w połączonych sprawach KIO 2572/23 i KIO 2574/23 („Wyrok KIO 2574/23"), w którym uznała, że grzywny nałożone w Chińskiej Republice Ludowej na członka konsorcjum Odwołującego, tj. Stecol Corporation („Stecol") przez różne chińskie organy administracji publicznej w związku niedopełnieniem przez Stecol obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska i prawa pracy powinny być ujawniane przez Stecol w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia. w tym samym dniu, kiedy KIO ogłosiła wyrok (tj. w dniu 26 września 2023 r.) Odwołujący Stecol przesłał

Zamawiającemu, na potrzeby oceny ofert w niniejszym Postępowaniu, dokument zatytułowany Oświadczenie dodatkowe Wykonawcy dot. oświadczeń złożonych w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („Oświadczenie Stecol z dnia 26 września 2023 r."), obszernie informujący o fakcie wydania ww. wyroku oraz opisujący okoliczności nałożenia na Stecol przez różne chińskie organy administracji publicznej grzywien w związku niedopełnieniem obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska i prawa pracy, jak również wyjaśniający powody niepoinformowania w JEDZ złożonym w Postępowaniu o przedmiotowych grzywnach. Do Oświadczenia Dodatkowego Stecol zostały załączone liczne załączniki dot. powyższych zagadnień. Podobny dokument, w tym samym dniu (tj. 26 września 2023 r.) został także złożony przez lidera konsorcjum Odwołującego, tj. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. („Intercor"). Dokument ten został zatytułowany Oświadczenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2574/23" („Oświadczenie Dodatkowe Intercor z dnia 26 września 2023 r.").

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp Odwołujący Stecol wskazał, że jak wynika z treści Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wykluczył Konsorcjum Intercor z uwagi na zaistnienie podstaw, o których mowa w 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a w konsekwencji zdecydował się na odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Zamawiający dopatruje się podstaw do zastosowania w stosunku do Konsorcjum Intercor sankcji w postaci wykluczenia z postępowania w złożeniu przez Stecol dokumentu JEDZ, w którym zaniechano udzielenia prawdziwej informacji na pytanie dotyczące okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. W opinii Odwołującego Stecol zasadnicza wadliwość stanowiska Zamawiającego sprowadza się do pominięcia (nieuwzględnienia) w toku badania i oceny ofert dokumentów, które dnia 26 września 2023 r. Konsorcjum Intercor przekazało Zamawiającemu, tj.:

(1)Oświadczenia Dodatkowego Intercor z dnia 26 września 2023 r.

oraz

(2) Oświadczenia Dodatkowego Stecol z dnia 26 września 2023 r.

Konsorcjum Intercor wyjaśniło ponownie, że natychmiast po wydaniu (ogłoszeniu) wyroku KIO 2574/23 Zamawiającemu przedłożone zostały dokumenty spełniające wszystkie ustawowe wymagania postawione przed skuteczną procedurą samooczyszczenia (self-cleaning), o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, które w ogóle nie zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert (względnie zostały ocenione w jej trakcie nieprawidłowo). Tymczasem obowiązkiem Zamawiającego było przenalizowanie dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Intercor oraz dokonanie ich oceny przez pryzmat ustawowych wymagań (zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 3 Pzp). Z nieznanych Odwołującemu i obiektywnie niezrozumiałych powodów Zamawiający zaniechał podjęcia tych czynności, co czyni odwołanie zasadnym.

Odwołujący Stecol podkreślił, że Zamawiający nie był uprawniony do zignorowania i pominięcia dokumentów złożonych przez Konsorcjum Intercor, które to dokumenty wypełniają dyspozycję art. 110 ust. 2 Pzp i zostały złożone z inicjatywy Konsorcjum Intercor, które niezwłocznie po publikacji wyroku KIO 2574/23, dążąc do zachowania transparentności w stosunku do Zamawiającego, przekazało je Zamawiającemu. Wskazał, że jak stanowi art. 110 ust. 1 Pzp „wykonawca może zostać wykluczony przez zmawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia". Jakkolwiek przepis ten wskazuje na czynność wykluczenia, to nie ulega wątpliwości, że jego istota sprowadza się do obowiązku uwzględniania przez zamawiającego wszelkich (a więc również tych przemawiających na korzyść wykonawcy) okoliczności związanych z ewentualnymi podstawami wykluczenia niezależnie od etapu i stadium postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Konsorcjum Intercor wskazało, że znajduje się w sytuacji, w której okoliczności obiektywne niewątpliwie przemawiają na jego korzyść gdyż, po pierwsze do złożenia Zamawiającemu dnia 26 września 2023 r. informacji przez Konsorcjum Intercor Stecol pozostawał w uzasadnionym przekonaniu co do prawidłowości wypełnienia dokumentu JEDZ, a po drugie, Konsorcjum Intercor poinformowało Zamawiającego o okolicznościach szczegółowo przedstawionych w stanowisku z dnia 26 września 2023 r. z własnej inicjatywy. Stecol wyjaśnił, że do dnia 26 września 2023 r. Konsorcjum Intercor pozostawało w uzasadnionym przekonaniu, że okoliczności związane z nałożeniem na Stecol określonych grzywien nie generują obowiązku notyfikowania tych faktów Zamawiającemu w dokumencie JEDZ (szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie zaprezentowane zostało w stanowisku przekazanym Zamawiającemu 26 września 2023 roku). Zatem to dopiero Wyrok KIO 2574/23 spowodował, że zasadne stało się podjęcie przez Odwołującego określonych czynności (w tym podjęcia działań, o których mowa w art. 110 Pzp i poinformowania o nich Zamawiającego), co też zostało uczynione. Odwołujący Stecol podkreślił, że art. 110 ust. 3 Pzp nie pozostawia w tym zakresie zamawiającemu swobody, czyniąc obligatoryjnym przeprowadzenie oceny, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu. Tymczasem jak wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zaniechał przeprowadzenia tej analizy.

Konsorcjum Intercor podkreśliło, że przedłożyło Zamawiającemu dokumenty obrazujące podjęcie środków zaradczych przez obu konsorcjantów:

1)W zakresie Stecol przedłożone zostały następujące dokumenty i informacje:

(a) oświadczenie wykonawcy zawierające wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z

przedłożonym JEDZ, postępowaniem odwoławczym prowadzącym do wydania Wyroku KIO 2574/23 oraz innymi okolicznościami istotnymi w sprawie;

(b) podjęte przez wykonawcę środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, w tym m. in. regulacje wewnętrzne mające na celu ułatwienie monitorowania sposobu realizacji zawartych umów i raportowanie o nieprawidłowościach.

2)Z kolei w odniesieniu do Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. przedłożono:

(a) szczegółowe oświadczenie w zakresie skutków Wyroku KIO 2574/23 dla sytuacji podmiotowej wykonawcy;

(b) wewnętrzną procedurę mającą na celu uniknięcie w przyszłości sytuacji analogicznych do tej mającej miejsce w Przetargu Katowice. Dowód: Oświadczenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2574/23 wraz z załącznikami złożone przez Intercor w Postępowaniu (załącznik do Odwołania);

W Opinii Odwołującego Stecol powyższe informacje i dokumenty powinny zostać przez Zamawiającego szczegółowo ocenione, a prawidłowe przeprowadzone przez Zamawiającego czynności doprowadziłyby do uznania, że Konsorcjum Intercor nie powinno zostać wykluczone.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp Odwołujący Stecol stwierdził, że w jego ocenie nie ziściły się przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w stosunku do Konsorcjum Intercor, a także, że Zamawiający zastosował w stosunku do niego nieuzasadniony automatyzm, zgodnie z którym stwierdzenie, że w stosunku do Konsorcjum Intercor ziściły się podstawy zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp powoduje jednocześnie (automatycznie) skutek w postaci ziszczenia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a więc oznacza, że w Postępowaniu doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zamawiający zdaniem Odwołującego Stecol pominął, że na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp nie dochodzi do badania jakiegokolwiek aspektu strony podmiotowej zachowania wykonawcy bowiem nie ma on znaczenia z perspektywy tego przepisu, który odwołuje się jedynie do aspektu formalnego – wydania ostatecznej decyzji administracyjnej nakładającej karę pieniężną, dla której podstawę materialnoprawną stanowiły określone przepisy prawa. Odwołujący Stecol zauważył, że przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp ma jednakże całkowicie inną konstrukcję prawną. Jej elementem konstrukcyjnym jest bowiem element winy wyznaczający podmiotową stronę zachowania wykonawcy. Oznacza to, że dokonując analizy danego stanu faktycznego na potrzeby oceny wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający powinien ustalić, że wykonawca działał w określonych warunkach zamiaru lub świadomości. W ramach niniejszego postępowania Zamawiający pominął jednakże całkowicie ten element konstrukcyjny przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jest to o tyle istotne, że niezależnie od tego czy dojdzie się do przekonania, że na Stecol w istocie nałożone zostały kary, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, to nie sposób wykonawcy przypisać działania w warunkach strony podmiotowej opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Do argumentów i dowodów w tym zakresie Zamawiający w ogóle nie odniósł się w informacji o wynikach Postępowania. Przyjął, że ustalenie co do istnienia kar, którymi obciążony miał być Stecol czyni jednocześnie zasadnym zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż wykonawca działał w warunkach rażącego niedbalstwa. Z taką koncepcją nie sposób się zgodzić. Okolicznością bezsporną jest bowiem, że wszystkie przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają samoistny charakter, co oznacza, że wykazanie ich ziszczenia się musi odbywać się indywidualnie. Nie jest również dopuszczalne przyjmowanie, że wykazanie zasadności zastosowania jednej przesłanki wykluczenia (w tym przypadku art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp) czyni (w konsekwencji) zasadnym zastosowanie innej (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Odwołujący Stecol wskazał, że zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp uzależnione jest od kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

1) wykonawca działając w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

2) wprowadził zamawiającego w błąd (w tym poprzez zatajenie);

3) przy przedstawianiu informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, niepodlegania wykluczeniu lub kryteriów selekcji;

4) co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego Stecol szczegółowo wykazał, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd – podane informacje polegają na prawdzie i nie doszło do zatajenia jakichkolwiek informacji istotnych z perspektywy tego przepisu. Tym samym nie doszło do ziszczenia się dwóch ostatnich przesłanek (pkt 3 oraz 4 powyżej) – wszak informacje odnoszące się do warunków, przesłanek wykluczenia czy kryteriów, które przedstawiło Konsorcjum Intercor są informacjami prawdziwymi. Brak dopuszczenia się oświadczenia nieprawdy (zatajenia prawdy) eliminuje również możliwość wywarcia jakiegokolwiek (a tym bardziej istotnego) wpływu na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego. Odwołujący Stecol podkreślił również, że nie sposób przypisać mu działania w warunkach rażącego niedbalstwa.

Odwołujący Stecol wskazał także, że w Chińskiej Republice Ludowej dokumentem urzędowym, w którym odnotowuje się decyzje administracyjne nakładające kary administracyjne na spółki jest Raport publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa wydawany przez Krajowy system publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw prowadzony przez Krajowy Urząd ds. Administracji i Nadzoru Rynku. W dokumencie tym widnieje rubryka: informacje o

karach administracyjnych i to właśnie niej publikowane są informacje o karach (o ile takowe zostaną na spółkę nałożone). Odwołujący Stecol wyjaśnił, że wraz z Oświadczeniem dodatkowym Wykonawcy dot. oświadczeń złożonych w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia z dnia 26 września 2023 r. złożonym przez Stecol złożył odpowiedni Raport publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa. Dokument ten został przedłożony w wersji oryginalnej (w języku chińskim) oraz tłumaczenie na język polski. Odwołujący zauważył również, że na str. 25 złożonego przez Konsorcjum Intercor Raportu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa widnieje jednoznaczna informacja o braku nałożenia na Stecol kar.

W opinii Konsorcjum Intercor to właśnie Raport publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa wyznacza wzorzec (miernik) należytej staranności w odniesieniu do Stecol. Skoro bowiem: a) urzędowym publikatorem w Chińskiej Republice Ludowej, gromadzącym informacje o karach administracyjnych jest Krajowy system publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw; b) urzędowym dokumentem wydawanym w Chińskiej Republice Ludowej, w którym zawierane są informacje o karach administracyjnych jest Raport publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa; c) w Raporcie publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa pozyskanym przez Stecol w celu przedłożenia Zamawiającemu w Postępowaniu nie ma informacji o karach nałożonych na ten podmiot; to Konsorcjum Intercor było w pełni uprawnione do złożenia dokumentu JEDZ firmy Stecol wypełnionego w sposób, w jaki zostało to uczynione i nie sposób wykonawcy zarzucić działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w warunkach rażącego niedbalstwa (czy chociażby zwykłego niedbalstwa).

Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę charakter i status Raportu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa w Chińskiej Republice Ludowej, to właśnie ten dokument wyznaczał poziom dbałości chińskiego wykonawcy w zakresie prawdziwości informacji o karach podlegających notyfikacji Zamawiającemu w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W jego opinii konstatacji nie zmienia ewentualne posiadanie przez osobę wypełniającą JEDZ informacji o karach podnoszonych w odwołaniu Budimex. Biorąc bowiem pod uwagę okoliczności szczegółowo opisane zarzutach dot. naruszenia prawa materialnego w tym charakter tych kar, zasadne było przyjęcie, że nie są to zdarzenia podlegające notyfikacji w dokumencie JEDZ. Wobec tego słusznie należy uznać, że jedynym źródłem, na którym opierać się powinien Stecol i w oparciu o które oceniać należy należytą staranność wykonawcy jest informacja zaczerpnięta z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw.

Dodatkowo Odwołujący Stecol podkreślił, że niewskazanie w JEDZ złożonym przez Stecol informacji o grzywnach nałożonych przez chińskie organy administracji publicznej wynikało z literalnej interpretacji przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Jak stanowi ten przepis z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Już na podstawie wykładni gramatycznej wskazanego przepisu widać jednoznacznie, że Odwołujący miał prawo uznawać, że art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp nie może być podstawą do wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania z uwagi na należności publiczno-prawne, które na podstawie prawa chińskiego zostały nałożone na Stecol. Prima facie jest widoczne, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp jest przepisem o charakterze sankcyjnym. Wyznacza on najdalej idącą dotkliwość dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci wykluczenia z postępowania, ze skutkiem odrzucenia jego oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp). Jako taki, jak wszystkie inne przepisy stanowiące podstawę do wymierzenia sankcji dla wykonawcy, podlega wykładni restrykcyjnej, uniemożliwiającej zastosowanie go do stanów faktycznych wyraźnie nieopisanych w hipotezie normy prawnej w nim wyrażonej. W kontekście postulatu restrykcyjnej wykładni podstaw wykluczenia z postępowania należy zwrócić uwagę, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, określając zakres naruszeń obowiązków określonych we wskazanych tam dziedzinach prawa, nie przewiduje odesłania do odpowiednich przepisów prawa obcego. Odwołujący nie miał zatem obowiązku przyjmować, że naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, niezależnie od tego w jakim porządku prawnym nastąpiło zawsze stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie Pzp. Przekonanie to było uzasadnione tym bardziej, że ustawodawca konstruując inne podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak w przypadku tzw. podstaw obligatoryjnych ujętych w art. 108 ust. 1 Pzp, jak i w przypadku tzw. podstaw fakultatywnych wskazanych w art. 109 ust. 1 Pzp) wyraźnie wymienia przypadki, gdy oczekuje, aby naruszenie prawa obcego wyznaczało przesłankę wykluczenia na równi z przepisami określonymi wprost. Tak rzecz się ma w przypadku postaw wykluczenia wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, które wskazują katalog przestępstw określonych w polskich ustawach karnych, ale wskazują na „odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego".

Kolejno Odwołujący Stecol wyjaśnił, że przekonanie o braku obowiązku podania w JEDZ informacji nt. kar pieniężnych wynikało także z odmienności chińskiego systemu prawnego i wynikających z niego zasad odpowiedzialności generalnego wykonawcy. Wyjaśnił, że posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „który naruszył" jednoznacznie wskazuje, iż przesłanka ta może zostać zastosowana jedynie wobec takiego wykonawcy, który sam dopuścił się naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, a nie wobec takiego, który

jedynie ponosi odpowiedzialność. W Oświadczeniu dodatkowym Wykonawcy dot. oświadczeń złożonych w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia z dnia 26 września 2023 r. złożonym przez Stecol w Postępowaniu Odwołujący przedstawił szereg dowodów potwierdzających, że sprawcami naruszeń, za które na Stecol nałożone zostały kary pieniężne byli podwykonawcy Stecol. Dowodami tymi były oświadczenia podwykonawców potwierdzające ich faktyczne sprawstwo oraz dokonanie zapłaty tych kar. Dodatkowo Odwołujący złożył opinię prawną prawników chińskich (pismo prawnicze Tianjin Jinrui Law Firm Nr (2023) 0930) informujące, że z Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o karach administracyjnych wynika odpowiedzialność generalnego wykonawcy za naruszenia odpowiednich przepisów dotyczących zarządzania administracyjnego oraz że zgodnie z postanowieniami Prawa Budowlanego Chińskiej Republiki Ludowej i Środków Zarządzania Podwykonawstwem Projektów Budowlanych Zarządzanie (2004) Nr 124 Ministerstwa Budownictwa Chińskiej Republiki Ludowej, generalny wykonawca i podwykonawcy projektów budowlanych ponoszą solidarną odpowiedzialność. W piśmie tym poinformowano także, że wina podwykonawców skutkuje karami administracyjnymi dla generalnego wykonawcy. Na podstawie ww. rozbieżności pomiędzy przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, a zasadami odpowiedzialności wykonawcy generalnego opierającymi się wyłącznie na legitymacji formalnej Odwołujący Stecol wyjaśnił, że był przekonany, iż przedmiotowe przypadki nałożenia kar nie są objęte obowiązkiem notyfikacji w JEDZ. Przekonanie to było uzasadnione bym bardziej, że wykładnia art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp oparta wyłącznie na formalnej podstawie odpowiedzialności (jak w prawie chińskim) bez faktycznego sprawstwa de facto prowadzi do niedopuszczalnego rozszerzenia przesłanki wykluczenia ponad przypadki, w których wykonawca „naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy". Wykładnia taka rozciąga je bowiem także na stany faktyczne, w których wykonawca jedynie ponosi odpowiedzialność za naruszenie przez osoby trzecie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy.

Kolejno Odwołujący Stecol wyjaśnił, że również jego przekonanie o braku obowiązku notyfikacji w JEDZ kar pieniężnych nałożonych przez organy chińskie znajdowało silne uzasadnienie w postanowieniach art. 57 ust. 4 lit a oraz art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, które stanowią pierwowzór art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp w przepisach prawa wspólnotowego. Tym samym, kierując się zasadą prowspólnotowej wykładni prawa krajowego, wnioski płynące z interpretacji art. 57 ust. 4 lit a oraz art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE Odwołujący odnosił do sposobu interpretacji przepisu krajowego, którego akt implementacji on stanowi, czyli właśnie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, ze instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 (Dyrektywy 2014/24/UE). Przesłanka wyznacza więc zakres naruszeń skutkujących wykluczeniem z postępowania poprzez odesłanie do art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. 92. Z kolei przepis art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X. Art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE ma zatem kluczowe znaczenie dla określenia zakresu zastosowania przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE. Dla jego prawidłowego rozumienia należy zwrócić uwagę na trzy zasadnicze elementy tego przepisu: (1) po pierwsze wskazuje on, że stosowne środki służące zapewnieniu, by wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy mają podjąć Państwa Członkowskie; (2) po wtóre przewiduje, że Państwa Członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych; (3) obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, których przestrzeganie mają zapewnić Państwa Członkowskie mają być ustanowione w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do Dyrektywy. Wskazane elementy art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/24 jednoznacznie wskazują, że przesłanka wykluczenia z art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE nie może dotyczyć ewentualnego naruszenia prawa chińskiego. Przesłanką wykluczenia jest bowiem naruszenie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, zaś w świetle tego przepisu obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy są ustanawiane przez Państwa Członkowskie. Powyższe oznacza, iż na gruncie tego przepisu chodzi o naruszenia przepisów ustanowionych przez Państwa Członkowskie UE, a nie jakiekolwiek państwo. Terytorialny zakres zastosowania prawa Państwa Członkowskiego jest zaś ograniczony wyłącznie do terytorium poddanego jego jurysdykcji. Siłą rzeczy art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE (a w ślad za nim art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE) nie może dotyczyć prawa państw innych niż Państwa Członkowskie oraz naruszeń dokonanych na terytoriach niepoddanych jurysdykcji Państwa Członkowskiego UE. 95. Ponadto, skoro art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE przewiduje w swoich postanowieniach, że Państwa Członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców obowiązków

w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, to musi on dotyczyć wyłącznie terytoriów poddanych jurysdykcji Państwa Członkowskiego, czyli na których Państwa Członkowskie mogą wymuszać przestrzeganie przepisów, które ustanowiły. Wreszcie art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że przedmiotowe obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, których przestrzeganie mają zapewnić Państwa Członkowskie mają być ustanowione w przepisach unijnych i krajowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do Dyrektywy 2014/24/UE. Jak zatem widać przepis ten, jako źródło obowiązków, które winni przestrzegać wykonawcy wskazuje wyłącznie prawo obowiązujące na terenie Unii Europejskiej. Wymienia bowiem prawo unijne, prawo krajowe (czyli prawo Państwa Członkowskiego) oraz przepisy prawa międzynarodowego wymienione w załączniku do Dyrektywy 2014/24/UE (przy czym wszystkie zostały ratyfikowane przez Państwa Członkowskie i w związku z tym są częścią ich porządków prawnych). Wskazany powyżej sposób wykładni art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE znajduje pełne wsparcie w świetle motywu (37) preambuły Dyrektywy 2014/24/UE. W motywie tym prawodawca wspólnotowy objaśnia:*„Z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym*.”. Motyw (37) preambuły Dyrektywy 2014/24/UE jednoznacznie objaśnia, że omawiane obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i mają wynikać z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym. Nie ma zatem żadnej wątpliwości, iż w tym miejscu prawodawca wspólnotowy ma na myśli jedynie prawo obowiązujące na terenie Państw Członkowskich UE, przy czym bez znaczenia jest czy jest to prawo unijne uchwalone przez właściwe organy Unii, czy też prawo krajowe uchwalone przez organy prawodawcze Państwa Członkowskiego. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż także prawodawca wspólnotowy, w przypadkach, gdy chce, aby obcy (nieunijny) porządek prawny wyznaczał podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wskazuje to jednoznacznie w treści postanowień danego przepisu. W tym miejscu przywołać należy postanowienia jednej z tzw. obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. treść art. 57 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy. 100. W przypadku przesłanki wykluczenia wyznaczonej postanowieniami art. 57 ust. 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE brak jest analogicznego odesłania do „prawa krajowego wykonawcy” co jest widomym znakiem, iż zakres obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska oraz w zakresie prawa pracy, o których mowa w tym przepisie nie wynika z takiego prawa. Jak opisano to powyżej obowiązki te wyznaczone są jedynie przepisami przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, jak stanowi literalnie art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. 101. Z uwagi na wskazane powyżej wnioski, Odwołujący Stecol stwierdził, że miał prawo być przekonany, że ewentualne naruszenia prawa pracy i prawa ochrony środowiska mające miejsce na gruncie prawa chińskiego i na terenie Chińskiej Republiki Ludowej nie są objęte zakresem zastosowania art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, a w ślad za tym nie są także objęte zakresem zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanej w art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE. W konsekwencji – nie dotyczy ich art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

W ocenie Konsorcjum Intercor przekonanie to było w pełni uzasadnione okolicznościami, gdyż w świetle literalnego brzmienia tak przepisów prawa polskiego, jak i przepisów wspólnotowych regulujących omawianą przesłankę wykluczenia nie sposób było stwierdzić, iż odnoszą się one do naruszeń obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które miały miejsce na gruncie prawa Chińskiej Republiki Ludowej.

Z powyższych względów czynność odrzucenia oferty Odwołującego w następstwie uznania, że podlega on wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP jest dokonana całkowicie wadliwe.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 Pzp Konsorcjum Intercor zwróciło uwagę, że naruszenia ukarane grzywnami na gruncie prawa chińskiego dotyczyły bardzo drobnych uchybień powstałych przy realizacji bardzo poważnych zamierzeń inwestycyjnych. Jakkolwiek co do zasady nie powinny mieć miejsca, to ich ranga i skala nie uzasadnia wykluczania Konsorcjum Intercor z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenia dot. ochrony środowiska są bardzo drobnymi uchybieniami, przede wszystkim dotyczącymi naruszeń utrzymania placu budowy w należytym porządku, ale nie z korzystaniem lub zanieczyszczaniem środowiska. Wszystkie miały charakter jednostkowy, a nie trwały, a żadne z nich nie dotyczy zdarzeń o skali katastrofy ekologicznej czy chociażby poważnej

awarii przemysłowej w rozumieniu polskiego Prawa ochrony środowiska. Z kolei naruszenia w zakresie prawa pracy dotyczą jednostkowych (w skali budowy) naruszeń wymagań dot. BHP oraz nieterminowego przeprowadzenia szkoleń i działań naprawczych. Oceniając więc kwestię proporcjonalności nie można też stracić z pola widzenia faktu, że wartość wszystkich grzywien dot. naruszeń wskazywanych pozostaje w rażącej dysproporcji do ceny oferty złożonej w Postępowaniu. Łączna wartość grzywien stanowi mniej niż 0,04% przy wartości oferty Odwołującego wynoszącej niemal 2,5 mld PLN. Uznanie, iż tak błahe kwoty mają przełożyć się na tak drastyczną sankcję jednoznacznie pokazuje, iż byłby to przypadek oczywistej nieproporcjonalności. Według Odwołującego Stecol wykluczenie go w oparciu o przywołane w odwołaniu przypadki stanowiłoby o wypaczeniu sensu nadanego przez ustawodawcę sankcjom, o których mowa w art. 108 i 109 Pzp. Przepisy te mają na celu niedopuszczenie do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcom nierzetelnym, niedającym rękojmi należytego wykonania zamówienia, tymczasem Zamawiający nie podejmuje nawet próby wykazania, że grzywny, o których mowa w odwołaniu rzeczywiście podważają rzetelność wykonawcy Stecol.

Uzasadniając zarzuty dotyczące wykonawcy – Konsorcjum Budimex Odwołujący Stecol wyjaśnił, że w dniu 6 października 2023 r. Konsorcjum Budimex przedłożyło Zamawiającemu oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ w stosunku do każdego z konsorcjantów wchodzących w skład Konsorcjum Budimex. W dniu 31 października 2023 r. Zamawiający na platformie internetowej, na której prowadzi Postępowanie opublikował informację o jego wynikach, w tym wyborze oferty Konsorcjum Budimex jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W tym samym dniu, jednakże już po wyborze oferty najkorzystniejszej, Konsorcjum Budimex przesłało do Zamawiającego pismo oraz oświadczenie dot. dwóch konsorcjantów: Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. („Gulermak Turcja") oraz Gülermak Sp. z o.o. („Gulermak Polska") informujące o szeregu kar umownych, o których wykonawcy ci nie poinformowali Zamawiającego w dokumentach JEDZ złożonych w trakcie Postępowania wraz z ofertą Konsorcjum Budimex. Do oświadczenia tego zostały załączone dokumenty JEDZ Gulermak Polska oraz Gulermak Turcja wraz z załącznikami. Odwołujący wskazał, że pismo Budimex z dnia 31 października 2023 r. zawiera informację: „W tym miejscu Wykonawca informuje, że celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości oraz w trosce o szeroko rozumianą transparentność działań w stosunku do Zamawiającego, po ponownym przeanalizowaniu treści Oświadczenia, a także z uwagi na informacje dotyczące nałożenie na Gulermak TR oraz Gulermak PL kar umownych, o których dowiedział się w ostatnim czasie (po złożeniu oświadczenia JEDZ, tj. 19.09 oraz 03.10 br.), choć w ocenie Wykonawcy nie dają one podstaw do jego wykluczenia z Postępowania (brak spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp), Wykonawca za zasadne uznał notyfikowanie ich Zamawiającemu. Wcześniejszy brak informacji w tym zakresie (m.in. na etapie składania Oświadczenia), niezależnie od m.in. terminu pozyskania informacji o karach (w ostatnim czasie, po złożeniu Oświadczenia JEDZ) wynikał z przyjęcia, iż Wykonawca w Oświadczeniu ma potwierdzić aktualność informacji w zakresie braku podstaw wykluczenia".

Wraz z pismem z dnia 31 października 2023 r. Konsorcjum Budimex przesłał aktualizację Oświadczeń JEDZ dla Gulermak Polska i Gulermak Turcja wraz ze stosownymi załącznikami, w których wskazano okoliczności odnoszące się do szczegółów zaistniałej sytuacji. Konsorcjum Budimex poinformowało także w piśmie z dnia 31 października 2023 r. Zamawiającego, iż Gulermak Polska oraz Gulermak Turcja są obecnie, zgodnie z przepisami Pzp, w trakcie finalizacji procedury w zakresie stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania podobnych sytuacji w przyszłości (samooczyszczenie), a o szczegółach w tym zakresie Konsorcjum Budimex poinformuje w najbliższych dniach. Tym samym Konsorcjum Budimex wyraźnie przyznało konieczność dokonania self-cleaningu w związku z historią kontraktową Gulermak Polska oraz Gulermak Turcja. Odwołujący Stecol zauważył, że do czasu wniesienia niniejszego odwołania self-cleaning taki nie został dokonany. Dodatkowo zauważył, że w dokumentach JEDZ złożonych przez Gulermak Polska i Gulermak Turcja wraz z pismem Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. podmioty ta na pytanie „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje" udzieliły odpowiedzi „Tak". Jednocześnie jednak w stosunku do tej podstawy wykluczenia Konsorcjum Budimex nie dokonało żadnych czynności mogących być uznawanymi za self – cleaning.

Z załączników do pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. wynika, że:

(1) w zakresie umowy zawartej w dniu 9 listopada 2018 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące karu umowne: - za brak przejęcia części Terenu Budowy - w wysokości 1 039 350,00 PLN; - za nieterminowe przekazanie raportów miesięcznych z realizacji umowy – w wysokości 324 590,36 PLN; - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – w wysokości 649 180,72 PLN.

(2) w zakresie umowy zawartej w dniu 15 listopada 2018 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące karu umowne: - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – wysokości 1 630 724,90 PLN.

(3) w zakresie umowy zawartej w dniu 28 września 2018 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące kary umowne: - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – wysokości 5 731 369,50 PLN. 123.

Z dokumentów załączonych do pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. wynika, że członkowie tego konsorcjum dysponowali informacjami w sprawie naliczenia opisanych powyżej kar umownych od dnia 19 września 2023 r. oraz od dnia 2 października 2023 r.

Do pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. załączone bowiem zostały:

(1) pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie z dnia 13 września 2023 r. (znak ZTM-IRO-1.421.13.2023.DKA) skierowane do Gulermak Turcja informujące o naliczeniu kar umownych, doręczone Gulermak Turcja w dniu 19 września 2023 r.;

(2) pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie z dnia 27 września 2023 r. (znak ZTM-IRO-1.421.13.2023.KBA) skierowane do Gulermak Turcja informujące o naliczeniu kar umownych, doręczone Gulermak Turcja w dniu 3 października 2023 r.

Fakt powzięcia wiedzy przez Konsorcjum Budimex o karach naliczonych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie odpowiednio dnia 19 września 2023 r. oraz dnia 2 października 2023 r. ma istotne znaczenie dla oceny intencji Konsorcjum Budimex, gdyż wskazuje, iż wykonawca ten miał wiedzę o nich już w trakcie Postępowania. Co więcej w dniu 6 października 2023 r. Konsorcjum Budimex złożyło oświadczenie o aktualności JEDZ, w którym to dokumencie nie widniała wzmianka o tych karach. Informacja o karach naliczonych przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie została przekazana Zamawiającemu dopiero w dniu 31 października 2023 r., przy czym miało to miejscu już po wyborze przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu. Opisany tok zdarzeń wskazuje, że działanie Konsorcjum Budimex miało charakter celowy, zmierzający do stworzenia niepełnego i wybiórczego obrazu własnej historii kontraktowej (a co najmniej sprowadzało się do działania w warunkach lekkomyślności/ niedbalstwa). Rzetelnie działający Wykonawca obowiązany był przekazać informacje o wskazanych naruszeniach bezpośrednio po uzyskaniu wiedzy o nich. Tymczasem pomimo tego, że oba ww. pisma Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie o naliczeniu kar umownych były w posiadaniu członków Konsorcjum Budimex już przed przekazaniem Zamawiającemu oświadczenia o aktualności oświadczenia zawartego JEDZ (co nastąpiło 6 października 2023 r.), to wykonawca ten potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ, co budowało obraz braku takich kar. Co więcej Konsorcjum Budimex konsekwentnie podtrzymywało powyższe przekonanie Zamawiającego aż do wyboru oferty najkorzystniejszej i dopiero po tej czynności Zamawiającego (co nastąpiło w dniu 31 października 2023 r.) ujawniło fakt naliczenia kar. Podkreślenia wymaga jednakże ważna okoliczność faktyczna, iż poinformowanie to nastąpiło niemal 4 tygodnie od drugiego pisma Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie informującego o naliczeniu kar oraz niemal 6 tygodni od pierwszego Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie informującego o naliczeniu kar. Dodatkowo Odwołujący Stecol podniósł, iż przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań z umów w sprawach zamówień publicznych, wydarzenia opisane przez Konsorcjum Budimex w piśmie z dnia 31 października 2023 r. nie obejmują wszystkich tego rodzaju zdarzeń w historii kontraktowej członków tego konsorcjum. W przypadku zaistniałym w Postępowaniu zatajenie szeregu informacji pozwalających na ocenę Konsorcjum Budimex uniemożliwiało Zamawiającemu uzyskanie wiarygodnego i przekrojowego obrazu tego wykonawcy. Zamawiający powinien mieć szansę na własną ocenę okoliczności dotyczących zdarzeń mogących potencjalnie wypełniać przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś wykonawca w żadnym przypadku nie powinien go takiej możliwości pozbawiać.

Konsorcjum Intercor wskazało, że Konsorcjum Budimex jest świadome, że naruszenia obowiązków umownych opisane w piśmie z dnia 31 października 2023 r. stanowią okoliczności wypełniające przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i w związku z tym oświadczyło, że wszczyna procedurę samooczyszczenia, o której poinformuje Zamawiającego. Deklaracja ta pada pomimo wcześniej wyrażonego stanowiska Konsorcjum Budimex, iż okoliczności opisane w piśmie z dnia 31 października 2023 r. nie wypełniają przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wydaje się, że stanowisko to jest tylko rodzajem retoryki Konsorcjum Budimex, skoro pomimo wcześniejszych sugestii o braku potrzeby dokonywania samooczyszczenia wykonawca ten wyraźnie zapowiada dokonanie self – cleaningu.

Odwołujący Stecol podkreślił, że oceniając kary umowne nałożone na członków Konsorcjum Budimex nie powinno kierować się ich relacją do wartości wynagrodzenia należnego podstawie kontraktów, w których ramach je naliczono, lecz odnieść je do rangi obowiązków umownych wyznaczonych treścią zobowiązania umownego. Zasadnicza część kar umownych, o których nie poinformowało Konsorcjum Budimex dotyczy braku terminowej zapłaty na rzecz podwykonawców. Obowiązek terminowej zapłaty podwykonawcom biorącym udział w realizacji umowy o roboty budowlane zawartej w reżimie Pzp stanowi jeden z kluczowych obowiązków umownych wykonawcy. Po części mają one źródło umowne (jakkolwiek wymuszone obowiązkiem wprowadzenia określonych postanowień do umowy w sprawie zamówienia publicznego – vide: art. 437 ust. 1 Pzp), a po części wynikają z mocy ustawy (vide: art. 647(1) § 1 i nast. KC). Stosownie bowiem do art. 56 KC, czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które

wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Obowiązki umowne, które zostały poddane tak szczegółowej regulacji ustawowej mają niewątpliwie charakter istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w znaczeniu, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Powyższe oznacza, że wykonawcę (w tym przypadku Konsorcjum Budimex) obciąża obowiązek informowania o takich naruszeniach, zaś zaniechanie realizacji tego obowiązku winno być oceniane poprzez pryzmat przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp. Szczątkowość informacji w tym zakresie buduje mylne przekonanie Zmawiającego co do podstaw wykluczenia oraz czynności dokonywanych w ramach procedury self-cleaningu.

Odwołujący Stecol wskazał, że jakkolwiek w literaturze prawniczej eksponowana jest stymulucyjna rola kary umownej z art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a Pzp to należy zwrócić uwagę, iż dana rola kary umownej nie wyłącza spełniania przez nią równocześnie innej roli. Kara ta pełni także rolę kompensacyjną, gdyż obowiązek wdrożenia przez zamawiającego procedury bezpośredniej zapłaty oraz dociekania powodów braku zapłaty podwykonawcy obejmuje nakłady, których zamawiający nie ponosiłby, gdy wykonawca dokonał zapłaty w terminie. Podkreślić należy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego statuuje obowiązek wykonawcy dokonywania terminowej zapłaty na rzecz podwykonawców. Niezależnie zatem od zobowiązania, które zaciąga wykonawca w stosunku do podwykonawcy, jednocześnie zobowiązuje się także w stosunku do zamawiającego, że będzie terminowo dokonywał zapłaty na rzecz swoich podwykonawców. Brak terminowej zapłaty na ich rzecz jest zatem także rodzajem przypadku nienależytego wykonania zobowiązania z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niedopełnienie tego obowiązku naraża zamawiającego na ryzyka roszczeń podwykonawców za art. 647(1) § 1 KC oraz art. 465 ust. 1 i 2 Pzp, a w przypadku ich zgłoszenia – na konieczność zaangażowania się w ocenę ich zasadności, weryfikację wysokości czy też wreszcie zrealizowanie obowiązku zaspokojenia tego roszczenia, co per se pociąga za sobą koszty. Z tego też powodu znaczące co do swojej skali przypadki powszechnego opóźniania się w zapłacie podwykonawcom stanowią przypadek objęty zakresem zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Powyższe okoliczności w sposób oczywisty rodzą obowiązek unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpienia do ponownej oceny ofert. Ocena ta powinna zostać dokonana z uwzględnieniem Odwołującego, który w dniu 26 września 2023 r. przedłożył szczegółowe wyjaśniania pozwalające na weryfikację przyczyn niepodania w JEDZ informacji dot. kar pieniężnych (grzywien) nałożonych na Stecol. Pominięcie tych wyjaśnień oraz przejście do porządku dziennego nad przekazaniem tak ważnych informacji przez Konsorcjum Budimex już po wyborze oferty stanowić będzie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2023 r. wniósł o jego oddalenie w całości, zarzuty odwołania uznając za niezasadne.

Przystępujący Konsorcjum Budimex w piśmie procesowym z dnia 27 listopada 2023r. wniosło o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Sprawa o sygn. akt KIO 3388/23

W dniu 10 listopada 2023 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie - PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący PORR" lub „Konsorcjum PORR") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i c) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP oraz w zw. z art. 110 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex choć wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania, z uwagi na to, że członkowie konsorcjum tj. Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. („Gulermak TR") oraz Gülermak sp. z o.o. („Gulermak PL") wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, dotyczące oświadczenia zawartego w JEDZ oraz oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, dotyczące podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz zaniechali niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o wystąpieniu zdarzeń, które powinny lub co najmniej mogły być zakwalifikowane jako stanowiące podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP, podczas gdy w momencie składania oświadczenia o aktualności JEDZ ww. konsorcjanci posiadali wiedzę, o nienależytym wykonaniu umów o zamówienie publiczne oraz naliczeniu wobec nich kar umownych jeszcze przed terminem złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ i informację taką powinni niezwłocznie przekazać Zamawiającemu, tymczasem poinformowali Zamawiającego o ww. okolicznościach dopiero po wyborze oferty Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej co świadczy o działaniu lekkomyślnym i niedochowaniu należytej staranności i co jednocześnie powoduje, że podjęta przez tego wykonawcę próba „samooczyszczenia" jest spóźniona i bezskuteczna.

na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu Odwołujący PORR zarzucił naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania w ten sposób, że po otrzymaniu od Konsorcjum Budimex informacji o możliwości istnienia podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp Zamawiający zaniechał oceny nowych okoliczności w tym zaniechał weryfikacji istnienia podstawy do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp podczas gdy Zamawiający powinien był w świetle otrzymanych informacji dokonać ponownej oceny oferty Konsorcjum Budimex w kontekście występowania podstawy do

wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

W związku tak postawionymi zarzutami Odwołujący PORR wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 roku;

4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Budimex i odrzucenie jego oferty z uwagi na to, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w tym na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;

a w przypadku nie uwzględnienia zarzutu z punktu 1):

5. nakazanie Zamawiającemu po unieważnieniu czynności wyboru oferty Konsorcjum Budimex dokonania ponownej oceny oferty tego wykonawcy w kontekście zbadania istnienia podstawy do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący PORR wyjaśnił, że w dniu 31 października 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Budimex. Co istotne dla sprawy, zgodnie z informacją z platformy zakupowej, ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane w dniu 31 października 2023 r. o godzinie 14:47.

Odwołujący PORR wskazał, że Konsorcjum Budimex złożyło ofertę w dniu 6 września 2023 r. Wraz z nią złożono oświadczenia JEDZ dla wszystkich konsorcjantów. Gulermak TR oraz Gulermak PL w JEDZ (dla każdego z osobna) w JEDZ (Cześć III: Podstawy wykluczenia: sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) w odpowiedzi na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? - udzielił odpowiedzi przeczącej.

Dowód: Oświadczenia JEDZ dla Gulermak TR oraz Gulermak PL (w aktach Postępowania).

W dniu 6 października 2023 r. Gulermak TR oraz Gulermak PL w oświadczeniu o aktualności informacji podanych w JEDZ potwierdzili, że informacje w ww. zakresie pozostają aktualne.

Dowód: Oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ (w aktach Postępowania).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Gulermak TR oraz Gulermak PL odpowiednio w dniu 19 września 2023 r. oraz w dniu 3 października 2023 r. otrzymały informację o nałożeniu na tych wykonawców kar umownych w związku z nienależytym wykonaniem obowiązków wynikających z trzech różnych umów o wykonanie zamówienia publicznego:

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

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

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

Odwołujący PORR podkreślił, że okoliczność naliczenia kar jak również daty, w których konsorcjanci (a tym samym całe Konsorcjum Budimex) dowiedzieli się o tym fakcie są bezsporne, gdyż wynikają z pism Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie (zawierających noty księgowe o naliczeniu kar umownych) oraz z oświadczeń własnych złożonych w formie załączników do JEDZ złożonych Zamawiającemu w dniu 31 października 2023 r. przez Gulermak TR oraz Gulermak PL, jak również z pisma wspólnie wystosowanego przez Gulermak TR oraz Gulermak PL do Zamawiającego datowanego na dzień 27 października 2023 r. jednakże faktycznie podpisanego i złożonego w dniu 31 października 2023 r.

Dowód: Pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie z dnia 19.09.2023 r. Nr ZTM-IRO-1.421.13.2023.DKA (11.DKA.ZTM-IRO-1) (w aktach Postępowania).

Dowód: Pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie z dnia 27.09.2023 r. Nr ZTM-IRO-1.421.13.2023.DKA (13.KBA.ZTM-IRO-1) (w aktach Postępowania).

Dowód: JEDZ Gulermark TR z 31.10.2023 r. wraz z załącznikiem (w aktach Postępowania).

Dowód: JEDZ Gulermark PL z 31.10.2023 r. wraz z załącznikiem (w aktach Postępowania).

Dowód: Pismo Gulermak TR oraz Gulermak PL datowane na 27.10.2023 r. podpisane i złożone Zamawiającemu w

dniu 31.10.2022 r. (w aktach Postępowania).

Odwołujący PORR podkreślił, że Gulermak TR oraz Gulermak PL o naliczeniu kar umownych przez Zarządu Transportu Miejskiego w przypadku jednej z umów dowiedzieli się dnia 19 września 2023 r. a w przypadku drugiej w dniu 3 października 2023 r. Zatem pomimo posiadania wiedzy o pojawieniu się potencjalnej podstawy do wykluczenia z Postępowania z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, a co za tym idzie, obowiązku zawarcia odpowiedniej informacji na ten temat w oświadczeniu o aktualności informacji z JEDZ, Gulermak TR oraz Gulermak PL złożyli w dniu 6 października 2023 r. oświadczenie, w którym potwierdzali aktualność informacji zawartych w JEDZ złożonych wraz z ofertą tj. że nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP. Takie oświadczenie było nieprawdziwe. Odwołujący PORR zauważył, że minęło 17 dni od powzięcia wiedzy o karach wynikających z not księgowych z pisma 11.DKA.ZTM-IRO-1 oraz 3 dni od powzięcia wiedzy o karach wynikających z not księgowych z pisma 13.KBA.ZTM-IRO-1. Co więcej, Konsorcjum Budimex poinformowało Zamawiającego o naliczeniu kar umownych dopiero w dniu 31 października 2023 r. tj. w tym samym dniu, w którym Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszą. Odwołujący ponownie wskazał, że opublikowanie rozstrzygnięcia Postępowania nastąpiło o godzinie 14:47. Natomiast Konsorcjum Budimex złożyło zaktualizowane oświadczenia JEDZ wraz z załącznikami oraz ww. pisma późnym wieczorem, a zatem już po rozstrzygnięciu Postępowania co wynika z dat podpisów elektronicznych:

1) Załącznik do JEDZ Gulermark TR – podpisano 31.10.2023 r. godz. 22:28:56

2) Załącznik do JEDZ Gulermark PL – podpisano 31.10.2023 r. godz. 22:29:17

3) Pismo Gulermak TR oraz Gulermak PL – podpisano 31.10.2023 r. godz. 22:41:45

W konsekwencji nie ulega zatem wątpliwości, że Konsorcjum Budimex poinformowało Zamawiającego, już po wyborze oferty tego konsorcjum jako najkorzystniejszej, o tym, że od dnia 19 września 2023 r. wobec członków Konsorcjum Budimex (Gulermak PL i Gulermak TR) występują okoliczności, które mogą stanowić podstawę wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Odwołujący PORR stwierdził, że w jego ocenie wobec Gulermak TR oraz Gulermak PL zostały przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie naliczone kary umowne z powodu nienależytego wykonania i naruszenia wskazanych przez tego zamawiającego postanowień umownych w trzech umowach. Podobnie bezsporne jest, że Konsorcjum Budimex miało obowiązek poinformować o tym Zamawiającego, uwzględniając informację o karach składając oświadczenie w formie JEDZ, a w przypadku gdyby informacja o nałożeniu kar pojawiła się już po złożeniu JEDZ, wykonawca powinien poinformować o tym Zamawiającego niezwłocznie, zwłaszcza mając świadomość, że jego oferta podlega ocenie jako potencjalnie najkorzystniejsza. Członkowie Konsorcjum Budimex mają tego świadomość co wynika z treści złożonych przez nich w dniu 31 października 2023 r. zaktualizowanych JEDZ i pism (i z samego faktu ich złożenia).

Odwołujący PORR powołując się na przepis art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp wskazał, że Zamawiający winien zatem wykluczyć wykonawcę z postępowania o ile ten:

a) przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd,

b) przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;

c) przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Regulacje te stanowią więc swoisty wzorzec profesjonalizmu i należytej staranności wymaganych od podmiotów, które ubiegają się o realizację zamówień publicznych, a we wzorcu tym mieści się obowiązek rzetelnego informowania instytucji zamawiających o przeszłości wykonawcy, w tym zwłaszcza o jego doświadczeniach związanych z realizacją wcześniejszych umów w sprawach zamówień publicznych. 2.6 Dodatkowo zauważył, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

W opinii Odwołującego PORR okoliczność, iż Konsorcjum Budimex nie podjęło działań w celu niezwłocznego ujawnier Zamawiającemu faktu nienależytego wykonania umów zawartych z m. st. Warszawa oraz naliczenia kar umownych, zatem faktu potencjalnego ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp co Zamawiający ma prawo obowiązek zweryfikować, bez wątpienia stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Jest to przy tym zachowanie teg rodzaju, że bez wątpienia mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający oceni bowiem ofertę Konsorcjum Budimex nie posiadając kluczowych informacji mających na tę ocenę bezpośredni wpływ. Prz czym informacje te były w tym czasie w posiadaniu Konsorcjum Budimex. Według PORR Konsorcjum Budimex ma te świadomość, skoro we wspólnym piśmie Gulermak TR oraz Gulermak PL z 31 października 2023 r. do Zamawiającej wskazano między innymi: „Jednocześnie Gulermak TR oraz Gulermak PL, już teraz, akceptując, że Wykonawca Oświadczeniu był zobowiązany nie do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, ale także ewentualnego wskazani informacji o karach umownych, co może być postrzegane jako wprowadzenie w błąd, informuje Zamawiającego rozpoczęciu, zgodnie z przepisami Pzp, stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości. Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 201 r. Prawo zamówień publicznych". Konsorcjum Budimex przyznaje zatem, że miało obowiązek w oświadczeniu aktualności informacji w JEDZ nie tylko potwierdzić brak podstaw do wykluczenia ale także wskazać informacje o karac umownych. Konsorcjum w piśmie przyznaje, że zaniechanie tego „może być postrzegane jako wprowadzenie w błąd". C prawda w dalszej części pisma, konsorcjanci tłumaczą, że ich „pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z ar 110 ust. 2 Pzp (samooczyszczenie), jednakże Odwołujący PORR się z tym nie zgodził. Wskazał po pierwsze, z czynności podjęte przez konsorcjantów nie spełniają wymogów samooczyszczenia opisanych w Pzp, gdyż są to w zasadzie same deklaracje o rozpoczęciu jakiś działań, bez wykazania ich realności i efektów jakie przyniosły. Po drugie - co szczególnie istotne - Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Budimex mogło i powinno podjąć te działania prze wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Działania te powinny zostać podjęte niezwłocznie po otrzymani informacji o nienależytym wykonaniu umów i nałożeniu kar umownych. Odwołujący PORR wskazał, że Konsorcju Budimex miało możliwość poinformowania o karach umownych już w oświadczeniu o aktualności JEDZ składanym w dn 6 października 2023 r. czego zaniechało. Warto zauważyć, że w szczególności w odniesieniu do informacji otrzymanych przez konsorcjantów w dniu 19 września 2023 r. minęło aż 17 dni od powzięcia wiedzy o karach wynikających z no księgowych do dnia składania aktualizacji JEDZ. Pomimo tego Zamawiający nie został o tym

Odwołujący PORR podkreślił, że poinformowanie Zamawiającego o naliczonych karach umownych dopiero 31 października 2023 r., a więc po upływie odpowiednio aż 42 dni i 28 dni od kiedy konsorcjanci otrzymali informację w tym zakresie od Zarządu Transportu Miejskiego należy uznać za spóźnione i nie spełniające zasady należytej staranności, w rozumieniu art. 355 Kodeksu cywilnego, zwłaszcza w kontekście podwyższonego poziomu staranności wymaganego od profesjonalisty.

Według Odwołującego PORR, Konsorcjum Budimex ma świadomość, że zasada lojalnego działania wobec partnera jakim jest Zamawiający wymaga szybszego działania i w tym kontekście czynności konsorcjantów są spóźnione, stąd wykonawca ten w piśmie z 31 października 2023 r. na str. 2 próbuje tłumaczyć własną opieszałość w działaniu „zbiegiem terminów naliczenia kar", „koniecznością przekazania informacji o karach umownych do głównej siedziby spółki […] i osób odpowiedzialnych za funkcjonowanie Gulermak TR oraz Gulermak PL w Polsce", koniecznością „analizy kar umownych", czy „poinformowania o zaistniałych zdarzeniach osób pracujących w dziale zamówień publicznych". Jednak w ocenie Odwołującego PORR ww. tłumaczenia nie zasługują na uwzględnienie. Konsorcjum Budimex nie dochowało należytej staranności w zakresie niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o otrzymaniu not księgowych i naliczeniu kar umownych. Konsorcjum przekazało takie informacje już po tym jak jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, choć miało możliwość uczynić to znacznie wcześniej. W ocenie Odwołującego PORR oznacza to, że Konsorcjum Budimex wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd bez wątpienia miało wpływ na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że istotne jest również to, że choć wykonawca ma prawo do przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, jednakże nie może w tym zakresie zwlekać, a tym bardziej informować Zamawiającego o karach umownych i podjętych środkach zaradczych już po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Granicą dopuszczalności takiego działania powinien być moment podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: Wyrok TS z 14.01.2021 r., C-387/19, RTS INFRA BVBA I AANNEMINGSBEDRIJF NORRÉ-BEHAEGEL PRZECIWKO VLAAM GEWEST: „Wykładnię tę potwierdza cel art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24. Przepis ten stanowi bowiem, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, ma on więc na celu podkreślenie wagi przywiązywanej do rzetelności wykonawcy, a także zapewnienie obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji (zob. analogicznie wyrok z dnia 11 czerwca 2020 r., Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, pkt 22). Tymczasem cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych, przy czym istotne jest to, by wykonawca miał możliwość wskazania oraz zwrócenia się o zbadanie środków, które jego zdaniem pozwalają

doprowadzić do usunięcia podstawy wykluczenia, która go dotyczy".

Odwołujący PORR wskazał ponadto, że w świetle informacji publicznie dostępnych, spółka Gulermak TR brał udział jako konsorcjant (konsorcjum składające się z: Astaldi, Gülermak TR and NRC Group) w wykonaniu zamówienia publicznego w Szwecji dla Szwedzkiego Zarządu Transportu [Trafikverket] dotyczącego budowy ośmiokilometrowej linii kolejowej wraz z tunelem oraz nowych stacji metra w Korsvegen, Haga i Goeteborgu Central pod centrum Gothenburga (Szwecja). Nazwa inwestycji: Göteborg Rail Link - Haga Station (West Link - Lot E04 Haga Station) - Kontrakt EPC obejmujący projekt i budowę nowej podziemnej stacji kolejowej w centrum miasta oraz 1,5-kilometrowego tunelu serwisowego. Prace były prowadzone przez spółkę joint venture AGN Haga ab, w skład której wchodzą: Astaldi S.p.a, (40%), GÜLERMAK Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (Turcja, 40%) oraz Segermo Entreprenad AB/NRC Group (Norwegia, 20%). Klientem jest Trafikverket, szwedzki urząd ds. szwedzki urząd ds. infrastruktury i transportu. Prace były finansowane z funduszy europejskich i budżetu państwa. 24 stycznia 2023 r. inwestor odstąpił od umowy w części dotyczącej budowy odcinka E04 Station Haga. Głównym powodem odstąpienia inwestora od umowy było nienależyte wykonanie umowy przez konsorcjum oraz znaczące opóźnienie wykonawcy (w tym Gülermak TR) w realizacji przedmiotu umowy. Na wykonawcę nałożono również kary umowne. Zgodnie z powyższym, stosując zasadę lojalności, Odwołujący PORR wywiódł, że Konsorcjum Budimex, powinno było ujawnić również informacje dotyczące umowy dot. West Link - Lot E04 Haga Station, od której odstąpił inwestor: Szwedzkiego Zarządu Transportu [Trafikverket]. Tym samym według Odwołującego PORR Konsorcjum Budimex (Gülermak TR) nie ujawniło wszystkich informacji, które są lub przynajmniej mogą być kwalifikowane jako stanowiące podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Kolejno Odwołujący PORR wskazał, że wraz z informacjami o aktualizacji JEDZ oraz zaktualizowany JEDZ spółek Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. („Gulermak TR") oraz Gülermak Sp. z o.o. („Gulermak PL") wykonawca przedłożył dokument pn. „Procedura do SF FINAL". Dokument nosi datę 27 października 2023 r., jednak został podpisany podpisem kwalifikowanym w dniu 31 października 2023 r. o godzinie 22:41. („Samooczyszczenie").

Dowód: Pismo: Procedura do SF FINAL (w aktach Postępowania).

Odwołujący PORR zauważył, że w Samooczyszczeniu wykonawca potwierdza i przyznaje, że przekazanie przez niego informacji o zdarzeniach związanych z nienależytym wykonaniem umów oraz nałożeniem kar umownych mogą być kwalifikowane jako podstawa wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Jednocześnie Gulermak TR oraz Gulermak PL, już teraz, akceptując, że Wykonawca w Oświadczeniu był zobowiązany nie do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, ale także ewentualnego wskazania informacji o karach umownych, co może być postrzegane jako wprowadzenie w błąd, informuje Zamawiającego o rozpoczęciu, zgodnie z przepisami Pzp, stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości. Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący PORR wskazał, że Budimex poinformował o: rozpoczęciu, zgodnie z przepisami Pzp, stosownych działań, które zmierzać mają do wyeliminowania tego typu sytuacji w przyszłości oraz zaznaczył, że pismo (wyjaśnienia) należy traktować jako samooczyszczenie w rozumieniu art. 110 ust. 2 Pzp. Jak wynika z treści pisma, samooczyszczenie, miałoby dotyczyć podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP, a więc wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z powyższego wynika, że, po pierwsze, Wykonawca miał świadomość i przyznał, że jego działanie związane z niepoinformowaniem Zamawiającego, z stosownym wyprzedzeniem i należytą staranności, o okolicznościach mogących stanowić podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, należy kwalifikować jako wprowadzenie zamawiającego w błąd – co najmniej jako zachowanie noszące znamiona działania w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa i przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp). Po drugie, sam Wykonawca w piśmie pn. Procedura do SF FINAL próbuje dokonać samooczyszczenia (Self-cleaningu), stwierdzając, że: Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Jeżeli zatem Wykonawca próbuje dokonać samooczyszczenia (w ocenie Odwołującego PORR nieskutecznie), to również przyznaje w ten sposób, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 Pzp, a więc zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia – procedura opisana w art. 110 ust. 2 Pzp (samooczyszczenie) ma bowiem zastosowanie do wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4 ww. przepisu, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, jednym z warunków umożliwiających zainicjowanie tej procedury samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę, iż podlega on wykluczeniu. W okolicznościach niniejszej sprawy według Odwołującego PORR:

1) nie jest możliwe przeprowadzenie procedury samooczyszczenia lub jest ona spóźniona;

albo

2) przeprowadzoną przez Konsorcjum Budimex procedurę samooczyszczenia należy uznać za nieskuteczną, ponieważ Wykonawca ten nie wykazał, że podjął działania, które są wystarczające

Odwołujący PORR podkreślił, że Zamawiający dokonując oceny Konsorcjum Budimex pod kątem braku podstaw

wykluczenia, w tym również wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, opierał się na informacjach przekazanych przez członków konsorcjum Wykonawcy w JEDZ (w dacie składania ofert), oraz późniejszych oświadczeniach z 6 października 2023 r. o aktualności informacji zawartych w JEDZ, z których wynikało, że wobec członków konsorcjum Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Oznacza to, że w dacie podejmowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie posiadał wiedzy, że wobec członków konsorcjum Wykonawcy wystąpiły zdarzenia (nienależyte wykonanie umów o zamówienie publiczne i nałożenie kar umownych), które mają znaczenie dla oceny, czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu. Tym samym brak przekazania przez Wykonawcę tych informacji w pierwszym możliwym terminie (niezwłocznie), w szczególności przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przypadku decyzję o wyborze oferty Wykonawcy najkorzystniejszej lub jego wykluczeniu/ odrzuceniu oferty. Z powyższych względów trudno zatem uznać, że Wykonawca, który wprowadził Zamawiającego w błąd może skorzystać z procedury samooczyszczenia. Skutek w postaci wprowadzenia w błąd już nastąpił – tj. Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie JEDZ i oświadczeń złożonych w trakcie postępowania, w przeświadczeniu, że wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp lub przynajmniej, że nie występują zdarzenia, które mogłyby stanowić podstawę wykluczenia i podlegać w tym zakresie ocenie. W tym sensie, Wykonawca nie ma możliwości przeprowadzenia samooczyszczenia, gdy skutek wprowadzenia w błąd już nastąpił. W opinii PORR Stworzenie Wykonawcy szansy na przeprowadzenie samooczyszczenia, naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji – wobec tych wykonawców, którzy poinformowali Zamawiającego w trakcie postępowania o wszystkich okolicznościach, które powinny być przedmiotem oceny pod kątem podstaw wykluczenia oraz informowali na bieżąco Zamawiającego o zmianie takich okoliczności.

Odwołujący PORR wskazał, że co prawda przepisy Pzp nie regulują kwestii tego, w którym momencie wykonawca powinien przeprowadzić samooczyszczenie. Niemniej jednak, nie jest tak jak twierdzi Konsorcjum Budimex, że samooczyszczenie może zostać przeprowadzone w dowolnym momencie. Instytucja samooczyszczenia może znajdować zastosowanie do różnych podstaw wykluczenia, które mogą zmaterializować się na różnych etapach postępowania. Zastosowanie procedury samooczyszczenia do podstawy wykluczenia dotyczącej wprowadzenia zamawiającego w błąd ma szczególnych charakter. W przypadku wprowadzenia w błąd, w skutek lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp) trudno oczekiwać, aby wykonawca przedstawiał samooczyszczenie wraz z ofertą lub wraz z JEDZ. Wykonawca uzyskuje wiedzę co do przekazania informacji wprowadzających w błąd w trakcie postępowania np. jeżeli sam stwierdzi, że przekazał zamawiającemu informacje niezgodne z prawdą. W takiej sytuacji uzasadnione jest przedstawienie samooczyszczenia niezwłocznie po powzięciu przez wykonawcę wiedzy, że dana informacja jest niezgodna z rzeczywistością. Niewątpliwie jednak momentem granicznym do dokonania samooczyszczenia jest dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty takiego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. W przypadku gdy zamawiający dokonuje takiego wyboru nie posiadając pełnej wiedzy na temat sytuacji podmiotowej wykonawcy (w tym przypadku dotyczącej braku podstaw wykluczenia z postępowania), to następuje skutek polegający na wprowadzeniu zamawiającego w błąd, który mógł mieć znaczenie dla czynności zamawiającego. Innymi słowy, gdyby przed wyborem oferty zamawiający wiedział o okolicznościach, które mogą rzutować na ocenę podstaw wykluczenia wykonawcy, to mógłby podjąć inną decyzję (np. wykluczyć wykonawcę z postępowania i odrzucić jego ofertę). Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – Konsorcjum Budimex przedstawił Zamawiającemu informacje o okolicznościach związanych z nienależytym wykonaniem i nałożeniem kar umownych (zmienił oświadczenie w JEDZ dotyczące podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp) dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty na podstawie informacji, które nie były zgodne z rzeczywistością, tym samym został osiągnięty skutek polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

W opinii Odwołującego PORR stworzenie Konsorcjum Budimex szansy na dokonanie samooczyszczenia w zakresie „wprowadzenia w błąd" już po wyborze oferty najkorzystniejszej prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, wobec tych wykonawców, którzy przedstawiali informacje zgodne z rzeczywistością. Istotne jest również to, że sam Wykonawca w samooczyszczeniu potwierdza, że tę sytuację można kwalifikować jako wprowadzenie w błąd i jednocześnie twierdzi, że dokonuje „samooczyszczenia". Bez znaczenia według Odwołującego PORR pozostaje to, czy dane okoliczności faktyczne ostatecznie zostaną uznane przez Zamawiającego za stanowiące podstawę wykluczenia (w tym przypadku okoliczności związane z nienależytym wykonaniem przez Gulermak PL i Gulermak TR umów o zamówienie publiczne zawartych z m. st. Warszawą, które skutkowały również nałożeniem kar umownych oraz przez jednego z konsorcjantów kontraktem w Szwecji). Istotne jest to, wykonawcy są zobowiązani do lojalnego informowania zamawiającego o okolicznościach, które mogłyby stanowić podstawę wykluczenia, a które powinny podlegać ocenie przez Zamawiającego. Ocena sytuacji wykonawcy i tego czy podlega wykluczeniu w związku z zaistnieniem określonych okoliczności (tutaj: nienależytym wykonaniem wcześniejszych umów o zamówienie publiczne) jest dyskrecjonalną decyzją zamawiającego, który dokonuje samodzielnej i zindywidualizowanej oceny określonych okoliczności faktycznych stanowiących podstawę wykluczenia.

Kolejno Odwołujący PORR wskazał, że niezależnie od tego, że Konsorcjum Budimex nie było uprawnione do dokonania samooczyszczenia w zakresie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, to odnosząc się do dokumentu pn. Procedura do SF FINAL (samooczyszczenie) zauważył, że nie można czynności opisanych w tym dokumencie kwalifikować jako „samooczyszczenia" w rozumieniu art. 110 ust. 2 Pzp – w konsekwencji nie można uznać, że Wykonawca dokonał samooczyszczenia. Ewentualnie, takie samooczyszczenie nie zostało przeprowadzone skutecznie.

Odwołujący PORR wskazał, że Konsorcjum Budimex określiło informacje zawarte w dokumencie „Procedura SF CLEAN" jako działania zmierzające do wykazania rzetelności oraz stwierdziło, że: Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące wytyczne z art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz Niniejsze pismo traktować należy jako realizujące na obecnym etapie przesłanki art. 110 ust. 2 Pzp. PORR zauważył, że samooczyszczeniu nie przedstawiono żadnych konkretnych działań tego wykonawcy, które mogłyby wskazywać na to, że wykazał on swoją rzetelność. Konsorcjum Budimex nie opisało działań, które faktycznie zostały podjęte w celu uniknięcia w przyszłości podobnych zdarzeń, które mogą być kwalifikowane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd, ale wskazuje, że takie działania są dopiero planowane i zamierza je podjąć. Odwołujący PORR wskazał, że jak wynika z Samooczyszczenia Konsorcjum Budimex nie podjęło jeszcze żadnych działań, które potwierdzałyby jego rzetelność, ale dopiero analizuje całą sytuację i dopiero planuje podjęcie działań ukierunkowanych na wprowadzenie (poprawę) systemu obiegu informacji i raportowania zdarzeń, które mają miejsce na obecnie wykonywanych umowach – żadne działania faktyczne nie zostały zatem jeszcze podjęte i nie zostały wdrożone żadne mechanizmy naprawcze, które gwarantowałyby rzetelność wykonawcy; takie działania są dopiero planowane i nie wiadomo czy w ogóle spółka podejmie jakiekolwiek kroki w celu poprawy funkcjonowania organizacji.

Według PORR rzekome „działania" podjęte przez Konsorcjum Budimex w celu samooczyszczenia nie stanowią opisu faktycznie zrealizowanych działań, ale opis działań planowanych i niepewnych. Przedstawiony przez ww. wykonawcę dokument nie spełnia zatem podstawowych wymagań określonych w art. 110 ust. 2 Pzp, zgodnie z którymi wymaga się, aby działania były faktycznie podjęte tj. aby wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które zapobiegają występowaniu nieprawidłowości w przyszłości. Odwołujący PORR podkreślił, że opisane w przepisie art. 110 ust. 2 Pzp czynności muszą być faktycznie dokonane, a nie dopiero planowane (np. wykonawca ma wykazać, że zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów). Trudno zatem uznać, że działania, których podjęcie dopiero planuje Wykonawca są przejawem świadomej chęci poprawy sposobu działania i wykazania jego rzetelności. Sama procedura samooczyszczenia wymaga podjęcia (a nie planowania podjęcia) konkretnych, adekwatnych działań naprawczych, które mają eliminować lub co najmniej ograniczyć ryzyko wystąpienia uchybień w przyszłości. Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że choć Konsorcjum Budimex przyznało, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia dotycząca wprowadzenia Zamawiającego w błąd i próbuje wykazać podjęte działania naprawcze, to faktycznie żadnych działań jeszcze nie podjął, a tym bardziej nie jest w stanie ich wykazać. Wobec powyższego należy uznać, że pomimo podjętej próby Konsorcjum Budimex nie przeprowadziło skutecznego samooczyszczenia i nie wykazał swojej rzetelności. W związku z powyższym Konsorcjum Budimex powinno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp, a przesłanki określone w art. 110 ust. 1 i 2 Pzp nie zostały skutecznie wykazane.

Uzasadniając zarzut ewentualny Odwołujący wyjaśnił, że na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt. 1) odwołania, Zamawiający bezwzględnie powinien zareagować na otrzymane od Konsorcjum Budimex informacje dotyczące nienależytego wykonania umów oraz naliczenia kar umownych dotyczących umów o zamówienia publiczne realizowane przez Gulermak PL i Gulermak TR. Tymczasem Zamawiający dokonał czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej nie posiadając aktualnych bardzo istotnych dla rozstrzygnięcia Postępowania informacji. Zamawiający oceniając ofertę Konsorcjum Budimex nie miał świadomości istnienia potencjalnej podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Odwołujący wskazał że w przypadku gdyby nie potwierdził się zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Zamawiający powinien był co najmniej w świetle otrzymanych informacji unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i dokonać ponownej oceny oferty Konsorcjum Budimex w kontekście zbadania istnienia podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. W przypadku potwierdzenia istnienia przesłanek tego przepisu wykluczyć Konsorcjum Budimex z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2023 r. oraz Przystępujący Budimex w piśmie z dnia 27 listopada 2023 r. wnieśli o oddalenie odwołania
w całości jako bezzasadnego.

Sprawa o sygn. akt KIO 3390/23

W dniu 10 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: BUD Budimex IMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze oraz Gülermak sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Budimex", „Konsorcjum Budimex") wnieśli do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PORR w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstawy wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 110 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum PORR i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu z Postępowania w związku z zawarciem przez PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, że PORR Bau GmbH naruszył przepisy austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie PORR Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przy czym Konsorcjum PORR nie udowodniło Zamawiającemu, że spełniło przesłanki pozwalające na uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu;

1) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

W związku z powyższym wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu;

2) wykluczenia Konsorcjum PORR z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum PORR na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu Odwołania.

Uzasadniając zarzuty Odwołania, Konsorcjum Budimex wskazało, że dokonując analizy złożonych dokumentów formalnych przez Konsorcjum PORR, zwrócił uwagę, że w treści formularza JEDZ wykonawca PORR Bau GmbH udzielił w ramach pytania: porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji odpowiedzi: „TAK" i jednocześnie wskazał, że: „Szczegółowy opis zdarzenia i środki wdrożone przez Wykonawcę w celu samooczyszczenia przedstawia „Oświadczenie o wiarygodności PORR Bau GmbH" wraz załącznikami". Dodatkowo, w ramach dalszego pytania: Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")? Wykonawca PORR Bau GmbH również udzielił odpowiedzi: „TAK" wraz z objaśnieniem: „Szczegółowy opis zdarzenia i środki wdrożone przez Wykonawcę w celu samooczyszczenia przedstawia „Oświadczenie o wiarygodności PORR Bau GmbH" wraz załącznikami."

Odwołujący Budimex wyjaśnił, że w jego opinii Zamawiający błędnie ocenił ofertę Konsorcjum PORR. Wykonawca ten powinien bowiem zostać wykluczony z Postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum PORR.

Odwołujący BUD Budimex IMEX wskazał, że z załącznika pt. „Oświadczenie o wiarygodności PORR Bau GmbH" wynika m.in., co następuje:

1) w kwietniu 2021 r. Federalny Urząd ds. Konkurencji (BWB) złożył do Sądu Antymonopolowego wniosek o nałożenie kary pieniężnej na PORR, przy czym całe postępowanie dotyczyło również PORR Bau GmbH,

2) zgodnie z decyzją sądu kartelowego PORR naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG") oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w Austrii w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r.

3) PORR zawarła ugodę z Federalnym Urzędem ds. Konkurencji z udziałem Federalnego Prokuratora Antymonopolowego w związku z postępowaniami antymonopolowymi toczącymi się przeciwko spółkom Grupy,

4) przedmiotem Ugody było m.in. nałożenie na PORR grzywny w wysokości 62,35 mln EUR,

5) na podstawie przekazanego opisu okoliczności faktycznych można wywieść wniosek, że naruszenie zostało uznane przez PORR, a decyzja stała się ostateczna.

Odwołujący Budimex wskazał, że z informacji dostępnych w złożonym przez Konsorcjum PORR oświadczeniu, a także z dostępnych materiałów prasowych i komunikatów wynika, że naruszenia, których dopuścił się PORR miały charakter istotny, długotrwały i oddziaływały na uczciwą konkurencję, bowiem biorąc pod uwagę aspekty wagi i czasu trwania naruszenia, stopnia winy oraz ekonomicznego wpływu na rynek nie budzi wątpliwości, że działania PORR naruszały podstawowe zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również bez wątpienia PORR był częścią kartelu funkcjonującego przez wiele lat na rynku robót budowlanych, którego celem była eliminacja konkurencji.

Odwołujący Budimex wskazał, że powyższe informacje potwierdza również wyrok wydany w sprawie innego austriackiego wykonawcy, tj. STRABAG AG, który – jak wynika z dostępnych informacji – również był uczestnikiem kartelu (zmowy przetargowej) z PORR.

Odwołujący Budimex wskazał, że złożenie wniosku o nałożenie kary pieniężnej na PORR, o którym mowa w treści złożonego przez PORR oświadczenia, miało miejsce w kwietniu 2021 r., więc biorąc pod uwagę tę datę wynikającą

wprost z treści oświadczenia Konsorcjum PORR, nie upłynął jeszcze w stosunku do tego zdarzenia 3-letni okres, w trakcie którego wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z przetargów o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności nie budzi wątpliwości, że obligatoryjna przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp znajdzie zastosowanie w odniesieniu do sytuacji PORR Bau GmbH. Takie stwierdzenie (odnoszące się do spełniania wobec wykonawcy omawianej przesłanki), poprzez złożone oświadczenie w formularzu JEDZ, wynika też zresztą z treści odpowiedzi PORR Bau GmbH. Wydanie wobec Konsorcjum PORR decyzji o uznaniu, że wykonawca ten działał w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary, potwierdza, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie kartelowe mające na celu zakłócenie konkurencji, co obecnie można stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, a zatem wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Dlatego też ofertę Konsorcjum PORR należy zdaniem Odwołującego Budimex odrzucić.

Według Odwołującego Budimex Zamawiający bazował na wyjątkowo lakonicznych i nie odpowiadających czynom PORR oświadczeniach zawartych w treści dokumentu pn. „Oświadczenie o wiarygodności PORR Bau GmbH" i ocenił je w sposób bezrefleksyjny bez uwzględnienia przepisu art. 110 ust. 2 Pzp.

Odwołujący Budimex uzasadniając zarzut dotyczący braku należytego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez Konsorcjum PORR wskazało, że Zamawiający oceniając te działania, powinien wziąć pod uwagę m.in. wagę czynu wykonawcy. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że im cięższa waga czynu, którego dopuścił się dany wykonawca, tym dalej idące środki zaradcze powinien on podjąć celem wyeliminowania stosownych nieprawidłowości. Abstrahując od tego, że w przypadku PORR od 6 lat trwa ustalanie przyczyn zaistniałej sytuacji (co też sugeruje, że nadal nie wiadomo, jakie były nieprawidłowe zachowania po stronie PORR), należy podkreślić, iż nie budzi wątpliwości, że waga czynu, jakiego dopuścił się ten wykonawca, jest wyjątkowo ciężka. Świadczy o tym (o czym wspomniano już powyżej w szczegółach) nie tylko kara, jaka została

nałożona na tego wykonawcę (ponad 60 mln euro, a zatem ok. 250 mln zł), ale także skala działalności. Jak wynika z wyroku dotyczącego firmy Strabag, na którą nałożono karę w wysokości ok. 45 mln zł, do zmów przetargowych dochodziło przez lata (2002 – 2017), w czasie którym to wykazano „ustawienie" około 1200 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (jak wskazano w wyroku, istnieje duże prawdopodobieństwo, że skala ta jest jeszcze większa). Odwołujący Budimex wywodził, że w złożonym samooczyszczeniu PORR w sposób nie przedstawił w sposób wystarczający okoliczności zdarzenia, które są niewątpliwie istotne z punktu widzenia wagi czynu, powodów zaistniałej sytuacji, a przede wszystkim oceny skuteczności wprowadzonych środków. To te okoliczności natomiast ukazują rzeczywisty obraz i powagę sytuacji, z jaką mamy do czynienia, a zatem determinują (określają) środki jakie powinny zostać podjęte. Celem procedury samooczyszczenia jest stwierdzenie (odkrycie) nieprawidłowości, zbadania i określenie ich przyczyn, a w końcu wprowadzenie odpowiednich środków zaradczych. W konsekwencji Odwołujący Budimex wskazał, że PORR do self-cleaningu powinien podejść w wyjątkowo skrupulatny sposób, podejmując daleko idące działania, które wyeliminują możliwość powstania nieprawidłowości w przyszłości. Natomiast w ocenie Odwołującego Budimex nie wydaje się, że PORR podjął stosowne działania w stosunku do zaistniałej sytuacji. Choć art. 110 ust. 2 Pzp ma generalne zastosowanie do wszystkich przesłanek wykluczenia, które są dość zróżnicowane, nie zawsze każdy ze wskazanych punktów będzie mógł być zrealizowany. Niemniej jednak, w przypadku PORR wydaje się, iż co najmniej dwa wymienione w przepisie punkty (niezależnie od braku stosownych wyjaśnień), do których w ogóle ww. wykonawca się nie odnosi, powinny mieć miejsce.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do treści art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) Pzp Budimex podkreślił, że PORR w swoich wyjaśnieniach wprost wskazał między innymi, że w ramach tej ugody PORR przyznała, że pracownicy oskarżonych firm w różnym stopniu uczestniczyli w zmowie, co zdaniem Budimex może sugerować stanowisko, iż nieprawidłowości to sprawa samodzielnie działających pracowników (a nie, np. akceptacji tych działań i swego rodzaju „polityki" spółki). Niezależnie jednak od tego, czy jest to sprawa całej spółki, czy też poszczególnych pracowników, trudno sobie wyobrazić, aby w takim przypadku jak opisano (na taką skalę i o takim stopniu naruszenia przepisów prawa), przy tego typu nieprawidłowościach, konsekwencji (jakichkolwiek) nie ponieśli stosowni pracownicy. Jak opisuje to sam PORR w swoich wyjaśnieniach, sprawa ta jest przedmiotem badania przez Centralną Prokuraturę ds. Ścigania Przestępstw Gospodarczych i Korupcji, co wskazuje na powagę sytuacji, a także, że potencjalnie mamy do czynienia z czynami karalnymi (przestępstwem), a na pewno – bo to zostało już potwierdzone – naruszającymi przepisy o uczciwej konkurencji. Co przy tym ważne, mimo tego, w wyjaśnieniach PORR próżno szukać jakichkolwiek informacji o tym, aby poszczególnym pracownikom udzielono choćby nagany (wyciągnięto stosowne konsekwencje), co – biorąc pod uwagę wagę czynu – z pewnością powinno mieć miejsce (a nawet zerwanie współpracy z takimi osobami). W tej sytuacji nie sposób uznać, że PORR udowodnił wszystkie okoliczności, od których ww. przepis uzależnia skuteczność przeprowadzonej procedury.

Odwołujący Budimex zauważył ponadto, że w treści art. 110 ust. 2 Pzp wskazano również na zobowiązanie wykonawcy do naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym zachowaniem wykonawcy. W związku z powyższym, nie powinno budzić wątpliwości, że taka szkoda została wyrządzona podmiotom publicznym - zamawiającym w przetargach, w których miała miejsce zmowa (okoliczność ta ujawniła się m.in. w sprawie

dot. Strabag). W wyjaśnieniach PORR nie brak jest informacji o samej szkodzie, ale również o tym, iż została ona naprawiona (ewentualnie, że PORR zobowiązał się do jej naprawienia). Podobnie jak miało to miejsce powyżej, w związku z czynem, jakiego dopuścił się ten wykonawca, działanie takie powinno być warunkiem skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a dalej, udziału w przetargach.

Odwołujący Budimex podkreślił również, że z uwagi na lakoniczny opis przyczyn zaistniałej sytuacji), przy jednoczesnym znacznym skomplikowaniu stanu faktycznego sprawy dotyczącej kartelu, w którym uczestniczył PORR, trudno niekiedy zorientować się na co (jakie błędy, nieprawidłowości etc.) środkami zaradczymi są przedkładane przez tego wykonawcę dokumenty. Jest to natomiast niezbędne celem oceny przez Zamawiającego, czy są one stosowne i odpowiednie do zaistniałej sytuacji. Odwołujący zauważył, że większość przedstawionych dokumentów (np. certyfikaty) wskazuje na dokonaną przez jakiś podmiot, pozytywną dla PORR ocenę (lub też na podmioty, które takiej oceny dokonują, np. kancelarie prawne). Tej natomiast w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia ma dokonać sam Zamawiający na podstawie przedstawionych wyjaśnień, w tym w zakresie środków zaradczych.

Podsumowując Odwołujący Budimex wskazał, że w okolicznościach sprawy nie sposób uznać, że PORR przeprowadził w sposób skuteczny procedurę self-cleaningu, w związku z czym w ocenie Odwołującego Budimex, Konsorcjum PORR powinno zostać wykluczone z postępowania, co z kolei prowadzi do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący – Konsorcjum PORR w złożonym piśmie procesowym również wniosło o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone przez strony pisma procesowe i odpowiedzi Zamawiającego na odwołania a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania o sygn. akt KIO 3376/23 oraz KIO 3388/23 zasługiwały na częściowe uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3390/23 zasługiwało na oddalenie.

Izba ustaliła, że Odwołujący Stecol oraz PORR wykazali przesłanki do wniesienia odwołania wynikające z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawy na rozprawę.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego PORR, zgodnie z którym odwołanie Stecol podlegać winno odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jak ustaliła Izba, Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcę PORR oraz Konsorcjum Budimex. Odwołujący Stecol nie został natomiast do aukcji zaproszony. Według Konsorcjum PORR, to właśnie z tym dniem Odwołujący Stecol winien był powziąć informację o wykluczeniu go z postępowania, skoro nie zostało mu przekazane zaproszenie do aukcji. W ocenie składu orzekającego taki wniosek nie jest uprawniony w okolicznościach tej sprawy. Podkreślić należy, że z art. 232 ust. 1 Pzp wynika, że Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, natomiast zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z powyższych przepisów wynika więc, że z jednej strony Zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym wykonawca, który nie został zaproszony do aukcji elektronicznej, nawet jeśli samodzielnie poweźmie informację o przeprowadzeniu tej aukcji i na tej podstawie zorientuje się, że jego oferta prawdopodobnie została odrzucona, nadal – do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty – nie zna powodów jej odrzucenia. Nie zostało wykazane przez Konsorcjum PORR, że Odwołujący Stecol poznał te powody na wcześniejszym etapie postępowania.

Jednocześnie pamiętać należy, że zgodnie z art. 516 ust. 1 Pzp, odwołanie zawiera m.in.:

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Bez znajomości powodów odrzucenia swojej oferty, wykonawca nie ma możliwości skutecznego zakwestionowania tego odrzucenia poprzez wskazanie choćby zarzutów i niezgodności czynności zamawiającego z przepisami Pzp, a nie może też zarzucić Zamawiającemu zaniechania poinformowania go o powodach odrzucenia, gdyż – jak wskazano już wyżej – obowiązek ten materializuje się po stronie zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Tymczasem Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący Stecol dowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu jego oferty dopiero w dniu 31 października 2023 r. W tym bowiem dniu Zamawiający przekazał mu informację, w której w sposób wyraźny wskazał podstawy faktyczne i prawne swojej czynności.

W konsekwencji skład orzekający Izby stwierdził, że termin na wniesienie odwołania w sprawie KIO 3376/23 nie mógł być liczony od dnia, w którym Odwołujący Stecol nie otrzymał zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, a w związku z tym o prawdopodobnym odrzuceniu jego oferty, skoro nie miał on żadnej wiedzy co do odrzucenia jego oferty, a zatem nie mógł skutecznie zakwestionować czynności Zamawiającego. Podstawy prawne i faktyczne odrzucenia ich ofert Odwołujący Stecol uzyskał jak wskazano wyżej dopiero w dniu 31 października 2023 r. i dopiero od tego dnia biegł termin na wniesienie przez niego odwołania. Termin ten został dotrzymany, dlatego też Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach KIO 3376/23 w oparciu o art. 528 pkt 3 Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw do odrzucenia odwołania Konsorcjum Budimex (KIO 3390/23) jako wniesionego po terminie w oparciu o przepis art. 528 pkt 3 Pzp. Wskazać należy, że Konsorcjum PORR wniosek o odrzucenie odwołania uzasadniało tym, że Odwołujący Budimex miał możliwość zakwestionowania oceny oferty Konsorcjum PORR już we wrześniu 2023 r., poprzez wniesienie odwołania wobec zaproszenia PORR do aukcji elektronicznej lub kwestionując samą aukcję przeprowadzoną przy udziale wykonawcy podlegającego – w ocenie Odwołującego Budimex - wykluczeniu z postępowania. Już wtedy Odwołujący Budimex doskonale wiedział o tym, że Konsorcjum PORR zostało do aukcji zaproszone, co oznaczało, że Zamawiający dokonał oceny podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania. Oznacza to, że Odwołujący Budimex już wtedy powziął, lub przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć, wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do powyższego po pierwsze wskazać należy, że jak ustaliła Izba Zamawiający w rozdziale 20 pkt 1 SWZ w przedmiotowym postępowaniu zastosował tzw. „procedurę odwróconą", uregulowaną w art. 139 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że najpierw dokona oceny ofert a następnie zbada czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Powyższe powoduje więc, że nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Konsorcjum PORR, że Zamawiający przed aukcją dokonał oceny podmiotowej wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Fakt, że Zamawiającynie zaprosił Konsorcjum Intercor do udziału w aukcji, nie może jednoznacznie potwierdzać, że Zamawiający badał przesłanki wykluczenia również w odniesieniu do Konsorcjum PORR. Wskazać bowiem należy, że art. 139 ust. 1 Pzp zastosowany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu powodował, co nie podlega żadnym wątpliwościom, że obowiązkiem Zamawiającego było w pierwszej kolejności ustalenie oferty ocenionej, jako najkorzystniejsza, a skoro celowi temu służyć miała aukcja elektroniczna, co wynika z Rozdziału 21 pkt 1 SWZ, to badanie sytuacji podmiotowej wykonawców ustąpić musiało pierwszeństwa wspomnianej procedurze. Dlatego też Izba uznała powyższy argument za nietrafiony. Co więcej, Izba nie podzieliła także stanowiska Konsorcjum PORR, że w dacie zaproszenia do aukcji Konsorcjum Budimex miało wiedzę o zaproszeniu Konsorcjum PORR do udziału w aukcji. Wyjaśnić należy, że zgodnie z art. 232 ust. 2 Pzp „W zaproszeniu Zamawiający informuje wykonawcę o: 1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy; 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej; 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej; 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej; 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej; 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości; 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie ". Z powyższego wynika więc w sposób wyraźny, że w zaproszeniu do aukcji Zamawiający nie podaje informacji co do innych wykonawców, którym przekazał zaproszenie. Uwzględniając powyższe stanowisko wskazać należy, że Izba uznała, że odwołanie Konsorcjum Budimex (KIO 3390/23) zostało wniesione w terminie.

Na marginesie podkreślić należy, że Zamawiający nie poparł wniosków Konsorcjum PORR o odrzucenie odwołań Odwołujących Stecol oraz Budimex, co przy uwzględnieniu treści przepisu art. 525 ust. 4 Pzp zgodnie z którym czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, to skład orzekający stwierdził, że wnioski PORR również z tego powodu nie mogły zostać uwzględnione jako stojące w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego do którego Konsorcjum PORR przystąpiło w sprawach KIO 3376/23 oraz KIO 3390/23.

Izba ustaliła:

Wraz z ofertą Konsorcjum Intercor przedłożyło JEDZ dla wykonawcy Stecol w którym w części III lit. C podmiot ten udzielając odpowiedzi na pytania:

„*Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE*." Odpowiedział: NIE.

„*Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE*." Odpowiedział: NIE.

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa socjalnego? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Odpowiedział: Nie".

W dniu 26 września 2023 r. Konsorcjum Intercor skierowało do Zamawiającego następujące pismo: „*Wykonawca informuje, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonania projektu wykonawczego i realizacji robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska" (nr postępowania: 9090/IREZA4/01185/00479/22/P) prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego Postępowanie prowadzi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu doszło do wydania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzającego naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych („Pzp") w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) w zw. z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz pkt 2, naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zakresie oferty złożonej przez Wykonawcę (w składzie identycznym jak w niniejszym Postępowaniu). Powyższe nastąpiło na skutek odwołania wniesionego przez wykonawcę Budimex S.A. pismem z dnia 31 sierpnia 2023 r., w treści którego odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m. in. przytoczonych powyżej przepisów Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na zaniechanie podania w treści JEDZ złożonego przez Stecol Corporation informacji o ostatecznych decyzjach administracyjnych o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne. Sprawie rozstrzyganej przez Krajową Izbę Odwoławczą nadana została sygnatura KIO 2574/23 (rozpatrywana wspólnie ze sprawą KIO 2572/23, w której Izba oddaliła odwołanie). Wyrokiem z dnia 26 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp i wykluczenie Wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8. Izba tym samym przychyliła się do argumentacji odwołującego, wskazując, że w stosunku do wykonawcy Stecol Corporation doszło do zdarzeń, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, które powinny zostać notyfikowane zamawiającemu w dokumencie JEDZ. W tym miejscu Wykonawca oświadcza, że pozostaje na stanowisku, iż w toku ubiegania się o zamówienie „Realizacji robót budowlanych oraz wykonania projektu wykonawczego i realizacji robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska" nie był zobligowany do notyfikowania w treści JEDZ informacji, które przywołał w odwołaniu wykonawca Budimex S.A., nie spełniły się również przesłanki pozwalające uznać, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Wykonawca zamierza wnieść do Sądu Okręgowego w Warszawie skargę od wyroku Izby w sprawie KIO 2574/23. Niezależnie od powyższego, kierując się ostrożnością oraz dążąc do wykazania Zamawiającemu, że opisana powyżej sytuacja nie powtórzy się, a Wykonawca podjął w tym kierunku prawidłowe działania, Wykonawca załącza do niniejszego pisma stanowiska obu konsorcjantów stanowiące konsekwencje wyroku KIO 2574/23.*".

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 26 września 2023 r. członek Konsorcjum Intercor - Stecol Corporation złożył Zamawiającemu dokument pn. „Oświadczenie dodatkowe Wykonawcy dot. oświadczeń złożonych w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia". W treści ww. pisma wykonawca wskazał, że: „*Działając z imieniu Stecol Corporation (adres 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Zone, kod 300384 miasto Tianjin kraj Chiny) („Stecol" lub „Wykonawca") przedkładamy informacje uzupełniające do informacji zawartych w złożonym w niniejszym postępowaniu Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ"), a odnoszące się do oświadczeń Stecol wyrażonych w Sekcji C Części III JEDZ. Informacje te mają charakter komplementarny i korygujący w stosunku do informacji przedstawionych przez Wykonawcę w JEDZ i powinny być wraz z nimi traktowane jako funkcjonalna całość. Informacje zawarte niniejszym dokumencie („Oświadczenie") nie zostały zamieszczone przez Stecol w dokumencie JEDZ wyłącznie z przyczyn, za które Stecol nie ponosi odpowiedzialności, a opisanych w dalszej części niniejszego dokumentu. (…) W JEDZ na pytania: (I) Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy? – Stecol udzielił odpowiedzi udzielił odpowiedzi negatywnej; (II) Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia? – Stecol udzielił odpowiedzi pozytywnej W związku opisanymi powyżej oświadczeniami z treści JEDZ wynika, że w stosunku do Stecol nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w: (a) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP, (b) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz (c) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Wykonawca samodzielnie i dobrowolnie informuje jednakże, że w dniu 26 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza („KIO") w połączonych sprawach KIO 2572/23 i KIO 2574/23 wydała wyrok, w którym uznała, że grzywny nałożone w Chińskiej Republice Ludowej („ChRL") na Stecol przez różne chińskie organy administracji publicznej w związku niedopełnieniem przez Stecol obowiązków w*

zakresie prawa ochrony środowiska i prawa pracy powinny być ujawniane przez Stecol w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia. Dodatkowo KIO uznała, iż niepodanie przez Stecol tej informacji w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia stanowi delikt opisany w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP. Z uwagi na treść sentencji powyższego wyroku KIO, pomimo brzmienia sentencji wyroku i braku jego prawomocności oraz braku pisemnego uzasadnienia, który pozwalałby na ocenę prawidłowości rozstrzygnięcia, Stecol czuje się w obowiązku poinformować o fakcie jego wydania oraz przedstawić wyczerpująco wszelkie okoliczności z uwagi na które w niniejszym postępowaniu złożyła JEDZ o treści, która następnie stała się przedmiotem postępowania odwoławczego w połączonych sprawach KIO 2572/23 oraz KIO 2574/23, a następnie przedmiotem rozstrzygnięcia KIO opisanego powyżej.".

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w dniu 31 października 2023 r. zawiadomił Konsorcjum Intercor, że działając na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, wykluczył go z postępowania, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „*W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał zgodnie z pkt 9 .1. TOMU I SWZ Instrukcja dla Wykonawców aby: „W celu wstępnego wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument (JEDZ), którego wzór stanowi Załącznik nr 6a do IDW. W przypadku wspólnego ubiegania się o Zamówienie przez Wykonawców (np. Konsorcjum), Jednolity Dokument składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie. W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Wykonawca ograniczy się do ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji poprzez wypełnienie sekcji α w części IV i nie wypełnia żadnej z pozostałych sekcji w części IV Jednolitego Dokumentu." Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor" Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation złożyli wraz z ofertą wypełniony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dla każdego z konsorcjantów w którym zadeklarowali brak podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stecol Corporation w dziale III Podstawy Wykluczenia pkt C Jednolitego Dokumentu dotyczącego Podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi na pytanie dotyczące: - art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE określono następujące powody wykluczenia naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska: Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE - odpowiedział: Nie - naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego: Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa socjalnego? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.- odpowiedział Nie - naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa pracy: Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE – odpowiedział NIE.*

W równolegle prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu pod nazwą: „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E30 i E65) na obszarze Śląska, Etap I: Linia E65 na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice" zostało złożone odwołanie w którym Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 2574/23 nakazała Zamawiającemu: − wykluczenie, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation, − a w konsekwencji odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation. W odniesieniu do wykluczenia na podstawie Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła: W celu wykazania ziszczenia się względem Konsorcjum Intercor przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zostały przedstawione informacje pochodzące z ogólnodostępnych baz danych i rejestrów, prowadzonych przez chińskie organy administracji, które nałożyły na Stecol Corporation kary pieniężne w związku z naruszeniami obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy. Wskazano 11 takich przypadków. „(...) Izba nie miała wątpliwości co do charakteru powyższych aktów prawnych. Po pierwsze w rejestrach i bazach danych jest mowa o decyzjach, jak również o decyzjach lub zawiadomieniach o nałożeniu kary administracyjnej jest mowa w oświadczeniach podwykonawców Stecol Corporation w projektach, w których Stecol Corporation występował jako generalny wykonawca. Po drugie akty zostały wydane przez chińskie organy administracyjne w ramach przysługującego im władztwa. W decyzjach wskazano stan faktyczny sprawy oraz podstawę prawną oraz informację o przysługujących od decyzji środkach odwoławczych.(…) Natomiast z oświadczeń podwykonawców Stecol Corporation wynika, że kary pieniężne nałożone na Stecol Corporation nie były kwestionowane i zostały zapłacone przez jego podwykonawców. W związku z powyższym należało stwierdzić, że mamy do czynienia z decyzjami ostatecznymi." Izba oceniła przedstawione dokumenty jako wiarygodne źródło informacji o karach

administracyjnych nałożonych w drodze decyzji administracyjnych na Stecol Corporation. „Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszone przez Przystępującego (tj. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation) argumenty dotyczące jednostkowości przypadków naruszeń prawa ochrony środowiska i prawa pracy przez Stecol, ich bagatelności, a także niewielkiej wartości kar w stosunku do wartości oferty Stecol w postępowaniu oraz do przychodu Stecol, które miałyby świadczyć o braku proporcjonalności wykluczenia tego wykonawcy, nie były zasadne. W ocenie Izby, wskazanych naruszeń nie można nazywać bardzo drobnymi." Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, iż „Niewątpliwie zasadniczym celem wynikającym z art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE jest podjęcie przez państwa członkowskie stosownych środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy. Cel zawarty w przepisie art. 57 ust. 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE to wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.(…) Realizacja powyższego nie będzie możliwa, ani w pełni skuteczna, jeśli zignorowane zostaną zasadnicze dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasady: zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji są zasadami mocno akcentowanymi w przepisach Dyrektywy 2014/24/UE." „Natomiast z motywu 37 Dyrektywy 2014/24/UE wynika obowiązek podjęcia przez państwa członkowskie stosownych środków w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, a stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej, w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania wykonawców." „W zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji, jak również ze względu na jego cel, należy interpretować przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp, wdrażający art. 57 ust. 4 lit. a oraz art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE w polskim porządku prawnym. Celem wprowadzenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp jest eliminowanie z postępowania wykonawców naruszających obowiązki związane z prawem ochrony środowiska i prawem pracy, a także zapewnienie, aby środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców tych obowiązków zapewniały również realizację podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz zasady proporcjonalności." W odniesieniu do wykluczenia na podstawie Art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła: „Izba stwierdziła, że Stecol Corporation zataiła informacje o nałożeniu przez chińskie organy administracji na tę spółkę kar pieniężnych za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy w 11 przypadkach, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stecol Corporation dwukrotnie w formularzu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca wedle własnej wiedzy naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska oświadczył, że nie naruszył takich obowiązków, jak również, że nie naruszył obowiązków wynikających z prawa pracy.(…) Nieujawnienie informacji dotyczących nałożonych na Stecol Corporation kar pieniężnych, które powinny podlegać ocenie Zamawiającego pod kątem wykluczenia wykonawcy było działaniem o charakterze co najmniej rażącego niedbalstwa.(…) W ocenie Izby, rażące niedbalstwo Stecol Corporation, związane jest z nieujawnieniem informacji o naruszeniu przez spółkę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy na skutek błędnego uznania, że te informacje nie podlegają ujawnieniu, z uwagi na to, że naruszenia obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa ochrony środowiska miały miejsce w Chinach." „Stecol Corporation miał świadomość, że zostały na nią nałożone kary pieniężne w decyzjach administracyjnych, co wynika z oświadczeń jego podwykonawców i potwierdza wykaz kar administracyjnych nałożonych na Stecol Corporation oraz szczegółowych informacji dotyczących wybranych decyzji. Stecol Corporation na skutek rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega on wykluczeniu wywołując Zamawiającego mylne wyobrażenie o tej okoliczności." „Stecol Corporation, nie informując Zamawiającego o fakcie naruszenia przez siebie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Stecol Corporation wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że ten wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania miało wpływ na wynik postępowania, czego wyrazem była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum Intercor jako najkorzystniejszej." „Izba stwierdza, że oświadczenie złożone przez Stecol Corporation w JEDZ jest sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ Stecol Corporation naruszył obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, co zostało stwierdzone w ostatecznych decyzjach administracyjnych wydanych przez chińskie organy administracji. Stecol wskazując w formularzu JEDZ odpowiedź negatywną zaprzeczył, że takie naruszenia miały miejsce." „Izba wskazuje, że dokument jest bez wątpienia dokumentem kategorycznym z uwagi na wagę składanych w nim oświadczeń. Jeśli wykonawca zaznacza w dokumencie JEDZ odpowiedź „nie", to uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, mimo, że zaistniała sytuacja, której dotyczy odpowiedź w formularzu JEDZ i staje się niejako „sędzią we własnej sprawie". „W ocenie Izby, Stecol Corporation powinien wskazać w formularzu JEDZ w odpowiedniej rubryce odpowiedź „tak", zarówno w odniesieniu do informacji o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, z prawa pracy oraz powinien wskazać

odpowiednią rubrykę dotyczącą aktualności oświadczeń w zakresie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania." Konkludując powyższe, stwierdzić należy, że wyrok KIO 2574/23 ma również przełożenie na niniejsze postępowanie w którym ofertę złożyło „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor" Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation i przedłożyło analogiczne oświadczenia jak w omówionym wyżej wyroku. Zamawiający w związku z powyższym stwierdza co następuje: − wydanie przez chińskie organy administracji ostatecznych decyzji administracyjnych o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy i nałożenie na Stecol Corporation kar pieniężnych odniosło skutek wobec Konsorcjum „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor" Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation, które podlega wykluczeniu, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzję karę pieniężną; − nieujawnienie informacji dotyczących nałożonych na Stecol Corporation kar pieniężnych odniosło skutek wobec Konsorcjum „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor" Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation, które podlega wykluczeniu, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu 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, a w konsekwencji, z mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy, w myśl którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, oferta Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor" Sp. z o.o. oraz Stecol Corporation podlega odrzuceniu.".

Izba zważyła:

Artykuł 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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.

W myśl art. 110 Pzp 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 wy-starczające 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego Stecol w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31 października 2023 r., a dotyczące wykluczenia Konsorcjum Intercor w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący Stecol podnosił, że Zamawiający zaniechał oceny dokumentów i wyjaśnień złożonych przez niego w ramach self-cleaningu, które skierował do Zamawiającego w dniu 26 września 2023 r.

W odniesieniu do zarzutu 1 wskazania wymaga, że Odwołujący Stecol kwestionował zaniechanie oceny złożonego przez niego samooczyszczenia przedstawionego w dniu 26 września 2023 r. wskazując, że Pzp nie reguluje kwestii terminu na dokonanie samooczyszczenia, a wykonawca może je przedłożyć w każdym czasie, aż do czynności wykluczenia.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy ze stanowiskiem Odwołującego Stecol nie sposób się zgodzić.

Na wstępie zaznaczyć należy, że wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w

oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. Stanowiska wyrażające odmienny pogląd i wskazujące, iż ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19, orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18), wyprowadzają powyższe tezy z braku regulacji ustawowej określającej termin końcowy do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a możliwość jej dokonania po terminie składania ofert determinują wystąpieniem nowych okoliczności faktycznych związanych z wypełnieniem się przesłanki wykluczenia. Zauważenia wymaga, że przepis art. 110 ust. 2 Pzp znajduje zastosowanie do kilku podstaw wykluczenia, z których każda wymaga zaistnienia skonkretyzowanych przesłanek. Powyższe przekłada się na różnorodność stanów faktycznych, w których może mieć zastosowanie procedura self – cleaningu i nie jest wykluczone, że wykonawca z uwagi na wystąpienie określonych okoliczności będzie uprawniony przedstawić podjęcie środków naprawczych również po terminie składania ofert.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy odwoławczej, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu najpóźniejszy okres w którym Odwołujący Stecol mógł złożyć - w świetle wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – dokumenty dotyczące self-cleaningu, był dzień 31 sierpnia 2023 r., a więc dzień w którym wykonawca ten dowiedział się o wniesieniu odwołania przez Budimex w postępowaniu odwoławczym, które zakończyło się wyrokiem KIO wydanym w dniu 26 września 2023r. Podkreślenia wymaga, że w sprawie nie było sporne, że Odwołujący znajduje się w sytuacji wypełniającej przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem 15 ust. 1 lit. e) SWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia w postaci Jednolitego Dokumentu. Ponadto, bezsporne było, że Odwołujący Stecol w dokumencie JEDZ w odpowiedziach na pytania:

„Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE."

„Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE."

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa socjalnego? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE." udzielił odpowiedzi: „NIE".

W ocenie Izby, udzielenie odpowiedzi negatywnej na powyższe pytanie musiało skutkować wykluczeniem Konsorcjum Intercor z postępowania i uznaniem za nieskuteczne próby dokonania aktualizacji dokumentu JEDZ.

Odwołujący Stecol wywodził możliwość złożenia self-cleaningu na późniejszym etapie postępowania z niekorzystnego dla niego wyroku KIO z dnia 26 września 2023 r. o sygn. KIO 2574/23. Powyższe okoliczności nie stanowią jednak żadnego uzasadnienia dla uznania za skuteczne samooczyszczenia złożonego w dniu wydania ww. wyroku KIO, gdyż przesłanki powodujące wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp były już Wykonawcy znane na moment składania pierwszego dokumentu JEDZ w postępowaniu, a dodatkowo w dniu wniesienia odwołania, które stało się asumptem wyroku KIO. Wskazać należy, że być może okoliczności dotyczące nałożenia kar w Chińskiej Republice Ludowej spowodowały odmienną ocenę przez Odwołującego Stecol zdarzeń związanych z tym faktem, ale nie zmieniały samej okoliczności ich nałożenia, a tym samym wypełnienia się przesłanki wykluczenia. Niewątpliwie wyrok KIO z września 2023 r. stanowił wyłącznie ocenę prawną odstąpienia od umowy w kontekście wystąpienia konkretnej podstawy wykluczenia i nie zmienił sytuacji Wykonawcy ani okoliczności związanych z tym odstąpieniem.

Mając powyższe na względzie, Izba w składzie orzekającym uznała, że ostatecznym terminem w okolicznościach niniejszej sprawy, na skuteczne złożenie samooczyszczenia i skorygowania dokumentu JEDZ był moment wniesienia odwołania Konsorcjum Budimex w sprawie KIO 2574/23.Niemniej jednak w opinii Izby Stecol Corporation już pierwotnie składając pierwotne oświadczenie winien był poinformować Zamawiającego o nałożeniu na niego kar związanych z naruszeniem przepisów prawa ochrony środowiska i prawa pracy. Zauważyć bowiem należy, że Odwołujący Stecol, mając wiedzę o naruszeniach prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy już od 2020 r., powinien przeprowadzić procedurę samooczyszczenia z chwilą złożenia oferty wraz z formularzem JEDZ w postępowaniu. Powinien tego dokonać niezależnie od oceny, czy jego zdaniem nałożone kary administracyjne spełniają wszystkie przesłanki konkretnej

podstawy wykluczenia, czy też nie. Podkreślić przy tym należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i stanowi uporządkowany ciąg czynności (art. 7 pkt 18 Pzp). Umożliwienie Stecol Corporation, a w konsekwencji Odwołującemu Stecol przedstawienia samooczyszczenia na każdym jego etapie, a więc w dniu wydania wyroku przez KIO o sygn. akt KIO 2574/23, pomimo świadomości Konsorcjum Intercor co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania pierwotnego JEDZ-a, niewątpliwie prowadziłoby do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut odwołania dotyczący braku dokonania oceny przez Zamawiającego samooczyszczenia z dnia 26 września 2023r. Izba uznała, że Zamawiający właściwie odstąpił od przeprowadzenia tej oceny, gdyż z uwagi na złożenie samooczyszczenia na późniejszym etapie postępowania, self-cleaning musiał zostać uznany za nieskuteczny.

W konsekwencji Izba uznała również, że Zamawiający prawidłowo dokonał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i odrzucił jego ofertę. Wskazać należy, że aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu muszą zostać spełnione kumulatywnie przesłanki wymienione w tym przepisie, tj.:

1) wykonawca działając w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

2) wprowadził zamawiającego w błąd (w tym poprzez zatajenie);

3) przy przedstawianiu informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, niepodlegania wykluczeniu lub kryteriów selekcji;

4) co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący Stecol na rozprawie i w odwołaniu podkreślał, że nie mógł wprowadzić w błąd Zamawiającego, ponieważ przed wydaniem wyroku z dnia 26 września 2023r. nie był świadomy, że naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska oraz praca pracy w Chińskiej Republice Ludowej oraz nałożone na tej podstawie kary pieniężne również podlegają pod przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Wskazać należy, że stanowisko Konsorcjum Intercor pozostaje w całkowitej sprzeczności z treścią oraz charakterem podstaw wykluczenia, w szczególności art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, w którego treści nie znajduje się żadne odniesienie do konkretnych przepisów krajowych czy unijnych. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. W przywołanym wyżej przepisie odniesiono się jedynie do przepisów, jakie podlegają naruszeniu, tj. prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym, natomiast nie jest wymagane wykazanie określonego źródła tych przepisów. W konsekwencji w opinii składu orzekającego dla stwierdzenia zaistnienia podstawy wykluczenia nieistotne jest zatem, jakiego państwa czy organizacji zostały naruszone przepisy, tylko wymagane jest, aby:

1) wobec wykonawcy wydano decyzję administracyjną,

2) decyzja ta stwierdzała naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony

środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym,

3) wraz z decyzją wymierzono również karę pieniężną.

W konsekwencji, w przypadku zaistnienia powyższych przesłanek zaistnieje przesłanka do wykluczenia wykonawcy, niezależnie od tego czy naruszone przepisy zostały ustanowione przez polskiego, unijnego czy innego ustawodawcę. Irrelewantne są również powołane przez Odwołującego postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24/UE"), w szczególności art. 18 ust. 2. Odwołujący Stecol wykazywał, że na podstawie tego przepisu w przypadku podstawy wykluczenia z art. 57 pkt 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE nie bierze się pod uwagę naruszenia przepisów państw trzecich. Stanowisko to w ocenie Izby nie zasługiwało jednak na aprobatę. Wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 2 Dyrektywy państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X. Przepis ten ustanawia zatem obowiązek po stronie państw członkowskich, aby te zapewniły stosowanie przez wykonawców zamówień publicznych obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy. Dyrektywa precyzuje przy tym, że chodzi tu o obowiązki ustanowione w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X. w konsekwencji nieprawidłowe jest w opinii Izby wykorzystywanie art. 18 ust. 2 do przesłanki wykluczenia z art. 57 pkt 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE, ponieważ oba te przepisy mają inny cel i odnoszą się do innego momentu czasowego. Jeżeli chodzi o obowiązek z art. 18 ust. 2, to wyraźnie odnosi się on do etapu realizacji zamówienia publicznego, w ramach którego poszczególne państwa członkowskie zobowiązane są do zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy. Jeżeli natomiast chodzi o art. 57 pkt 4 lit. a to ma on zastosowanie na etapie udzielania zamówienia. Przepis ten oceniany jest pod kątem różnych wykonawców, również tych pochodzących spoza Unii Europejskiej. Ustanowiona w jego treści podstawa wykluczenia nie może zatem ograniczać się

wyłącznie do przepisów państw członkowskich czy unijnych, lecz musi również umożliwiać ocenę naruszenia obowiązków z zakresu prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy ustanowionych przez państwa trzecie.

W ocenie Izby sposób interpretacji tej podstawy wykluczenia zaproponowany przez Odwołującego jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest niedopuszczalne, ponieważ prowadziłoby do niesprawiedliwego i niczym nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców, którzy dopuścili się naruszeń wskazanych przepisów poza granicami Unii Europejskiej.

Uwzględniając powyższe rozważania wskazać należy, że Odwołujący Stecol miał obowiązek przyjmować, że naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym – niezależnie od tego w jakim porządku prawnym nastąpiło – zawsze będzie stanowić przesłankę wykluczenia z postępowania. W konsekwencji jego obowiązkiem było udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytania zawarte w JEDZ dotyczące naruszenia przepisów ochrony środowiska i prawa pracy.Natomiast okoliczność, że Stecol Corporation zataił w JEDZ informacje o nałożeniu przez chińskie organy administracji na tę spółkę kar pieniężnych za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy w 11 przypadkach, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powodowało, że działanie to charakteryzowało co najmniej rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo jest jedną z postaci winy nieumyślnej. Przez niedbalstwo, zgodnie z doktryną prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalanej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę" (M. Stachowiak (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kiliel, M, Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109).

W ocenie Izby, rażące niedbalstwo Stecol Corporation, związane z nieujawnieniem
informacji o naruszeniu przez spółkę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy na skutek błędnego uznania, że te informacje nie podlegają ujawnieniu,
z uwagi na to, że naruszenia obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa ochrony środowiska miały miejsce w Chinach.

Stecol Corporation miał świadomość, że zostały na nią nałożone kary pieniężne
w decyzjach administracyjnych, co wynika z oświadczeń jego podwykonawców i potwierdza wykaz kar administracyjnych nałożonych na Stecol Corporation oraz szczegółowych informacji dotyczących wybranych decyzji, przedstawionych przez Odwołującego. Stecol Corporation na skutek rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega on wykluczeniu wywołując u Zamawiającego mylne wyobrażenie o tej okoliczności.

Stecol Corporation, nie informując Zamawiającego o fakcie naruszenia przez siebie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania.

Stecol Corporation wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania miało wpływ na wynik Postępowania, czego wyrazem była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum Intercor jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdza, że oświadczenie złożone przez Stecol Corporation w JEDZ jest sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ Stecol Corporation naruszył obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, co zostało stwierdzone w ostatecznych decyzjach administracyjnych wydanych przez chińskie organy administracji. Stecol wskazując w formularzu JEDZ odpowiedź negatywną zaprzeczył, że takie naruszenia miały miejsce.

Izba wskazuje, że dokument jest bez wątpienia dokumentem kategorycznym z uwagi na wagę składanych w nim oświadczeń. Jeśli wykonawca zaznacza w dokumencie JEDZ odpowiedź „nie”, to uniemożliwia zamawiającemu dokonanie oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, mimo, że zaistniała sytuacja, której dotyczy odpowiedź w formularzu JEDZ i staje się niejako „sędzią we własnej sprawie”.

W ocenie Izby, Stecol Corporation powinien wskazać w formularzu JEDZ w odpowiedniej rubryce odpowiedź TAK, zarówno w odniesieniu do informacji o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, z prawa pracy oraz powinien wskazać odpowiednią rubrykę dotyczącą aktualności oświadczeń w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, stanowiące podstawę do wykluczenia Stecol Corporation, a w konsekwencji Konsorcjum Intercor z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, na podstawie art. 226 ust.
1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że nie zasługiwał również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 109 ust. 3 Pzp zgodnie z którym, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać

wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Wskazać należy, że ww. przepis nie ma zastosowania w przypadkach, w których doszło do ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dlatego też zarzut okazał się niezasadny.

Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego Stecol w postaci opinii prywatnych wydanych przez dr Aleksandrę Sołtysińską oraz prof. Pawła Nowickiego stwierdzając, że są to opinie prywatne, a więc stanowią jedynie potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego Stecol.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut, dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp w skierowany w stosunku do Konsorcjum Budimex. Przypomnieć należy, że Odwołujący Stecol w odwołaniu wskazywał, że pominięcie złożonych przez niego wyjaśnień w ramach self-cleaningu oraz przejście do porządku dziennego nad przekazaniem tak ważnych informacji przez Konsorcjum Budimex już po wyborze oferty stanowić będzie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zauważył, że Zamawiający zdecydował się na zaniechanie jakiejkolwiek merytorycznej oceny dokumentów opisujących środki zaradcze przekazanych mu przez niego, nie zastosował jednak analogicznych reguł w stosunku do Konsorcjum Budimex, co w jego ocenie wprost wskazuje, że Zamawiający dopuścił się w sposób rażący naruszenia zasady równego traktowania wykonawców".

Izba wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 listopada 2023 r. odnosząc się do oceny przez Odwołującego Stecol pisma Budimex z dnia 31 października 2023 r. stwierdził przede wszystkim, że nałożone na Konsorcjum Budimex kary umowne nie miały wpływu na ocenę możliwości wykluczenia z postępowania bez względu na datę z jaką Zamawiający został o nich poinformowany. Zamawiający wyjaśnił, że powyższe stanowisko wynika z uwagi na ich marginalny charakter oraz brak powstania szkody po stronie zamawiającego. Tym samym Konsorcjum Budimex nie było zobowiązane do przedstawienia Zamawiającemu dokumentów oraz dowodów potwierdzających przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Ponadto Zamawiający stwierdził, że nawet jeżeli przyjąć, że Konsorcjum Budimex było zobowiązane do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia (z czym Zamawiający się nie zgadza) to w ocenie Zamawiającego, czynności podjęte przez wykonawcę Gulermak TR oraz Gulermak PL w ramach procedury samooczyszczenia (self-cleaning), w zakresie przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10) Pzp, można uznać za wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy.

Skład orzekający uwzględniając treść zarzutu Odwołującego Stecol oraz stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w stanowisku pisemnym oraz na rozprawie, uznał, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania oraz przejrzystości postępowania na skutek zaniechania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny dokumentów złożonych przez Konsorcjum Budimex w dniu 31 października 2023r.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć: „postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.".

Artykuł 16 pkt 1 – 3 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zamawiający argumentując przyczyny dla których nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazywał, że czynność ta byłaby „sztuką dla sztuki", bowiem po dokonaniu oceny dokumentów Konsorcjum Budimex uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a więc czynność oceny nie wpływała na wynik postępowania.

Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić. Na wstępie podkreślić należy, że Zamawiający po uzyskaniu od Konsorcjum Budimex dokumentów i wyjaśnień w dniu 31 października 2023 r. dotyczących jego sytuacji podmiotowej zobowiązany był wrócić do etapu czynności badania i oceny ofert i w ramach tej oceny dokonać zbadania złożonych dokumentów. Po zakończeniu tego etapu Zamawiający byłby uprawiony do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, jako czynności kończącej wszystkie czynności w postępowaniu. Dalsze działania Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty mogą być bowiem wyłącznie działaniami zmierzającymi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, ale nie stanowią już czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko takie jest zgodne z definicją „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" zawartą w art. 7 pkt 18 Pzp: „postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym

postępowaniu.”. Jak wynika z powyższego, na postępowanie składa się uporządkowany ciąg czynności prowadzący do wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym zawarcie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu. Inaczej mówiąc, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie kończy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale kończy wszystkie czynności w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający powinien był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpić do badania dokumentów Konsorcjum Budimex. Nie można zgodzić się także z argumentacją, że Zamawiający mógł dokonać oceny i badania ofert w tym sytuacji podmiotowej Konsorcjum Budimex po wyborze oferty najkorzystniejszej, a skoro w ramach tej oceny doszedł do przekonania, że Konsorcjum Budimex nie podlegał wykluczeniu, to brak było podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem dokonana ocena nie miała wpływu na wynik postępowania. Zaakceptowanie takiego stanowisko doprowadziłoby niewątpliwie do chaosu w systemie prawnym. Zaburzenie uporządkowanego ciągu czynności w postępowaniu niesie bowiem negatywne skutki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie liczenia terminów na podpisanie umowy (zachowania okresu stand still), ale również dla sytuacji wykonawcy, także w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej i liczenia terminów na wniesienie odwołania, które zgodnie z art. 513 Pzp przysługuje na czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu. Zauważyć należy, że w przypadku zaaprobowania działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu prowadziłoby do sytuacji, w której pozostali wykonawcy pozbawieni zostaliby możliwości zakwestionowania oceny wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Konsorcjum Budimex przez Zamawiającego już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Brak byłoby bowiem możliwości wniesienia środków ochrony prawnej, gdyż zaburzenie uporządkowanego ciągu czynności niewątpliwie oddziaływałoby na kwestię liczenia terminów na wniesienie odwołania od określonych czynności i zaniechań. Podkreślić należy ponadto, że wszystkie czynności wykonane po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 października 2023 r., jako czynności istniejącej w obrocie prawnym nie mają racji bytu w myśl definicji wynikającej z art. 7 pkt 18 Pzp, jako wykonanych po wyborze najkorzystniejszej oferty, kiedy to Zamawiający jest uprawniony dokonywać wyłącznie działania zmierzające do podpisania umowy.

Kolejno wskazać należy, że w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, co wprost wynika z art. 20 ust. 1 Pzp. Przepisy Pzp nie regulują możliwości dokonywania przez Zamawiającego czynności dorozumianych, a wręcz przeciwnie urealniając zasadę przejrzystości nakazują Zamawiającemu uzewnętrznienie poszczególnych decyzji podejmowanych w postępowaniu, jak wezwania do wyjaśnień, uzupełnień czy w końcu czynności definitywnych jak odrzucenie oferty czy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, gwarantując tym samym możliwość ich zakwestionowania w drodze środków ochrony prawnej. Ponadto jak wprost wynika z art. 253 Pzp „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.” W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że czynność oceny wyjaśnień i dokumentów Konsorcjum Budimex odbyła się niejako poza postępowaniem. Dopiero bowiem po unieważnieniu czynności wyboru Zamawiający mógłby wrócić do dokonywania dalszych czynności badania i oceny ofert.

W ocenie Izby, dokonanie oceny i badania dokumentów podmiotowych złożonych przez Konsorcjum Budimex bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej doprowadziło do naruszenia fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i musiało skutkować uwzględnieniem i nakazaniem Zamawiającemu dokonania badania i oceny sytuacji podmiotowej Konsorcjum Budimex.

Odnosząc się natomiast do żądania zawartego w odwołaniu dotyczącego niezapraszanie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Budimex, uznanie, że Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z postępowania, a oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu wskazać należy, że czynność badania i oceny ofert, a także czynności będące jej konsekwencją należą do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania. Nie jest rolą Izby wyręczać Zamawiającego w tych czynnościach - Izba jedynie weryfikuje prawidłowość czynności Zamawiającego oraz ewentualnie stwierdza, że w danym postępowaniu doszło do zaniechania konkretnej, wymaganej w postepowaniu czynności, co jak wyżej wskazano, miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Izba uznała bowiem, że Zamawiający uzyskując od Konsorcjum Budimex nowe dokumenty dotyczące zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postepowania oraz złożenia samooczyszczenia winien był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpić do oceny złożonych dokumentów. To bowiem w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej winny znajdować się – jak o tym stanowi przepis art. 253 ust. 1 Pzp - przyczyny, a więc wskazanie uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający doszedł do przekonania, że złożenie przez Konsorcjum Budimex ww. dokumentów powinno zostać przez Zamawiającego ocenione, i to właśnie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowisko to powinno zostać zaprezentowane, nie zaś jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu w odpowiedzi na odwołanie.

Dlatego też Izba stwierdziła, że powyższy zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Sprawa o sygn. akt KIO 3388/23

Izba w składzie orzekającym uznała, że na uwzględnienie zasługiwał zarzut drugi odwołania Odwołującego PORR, tj. zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego oceny nowych okoliczności w tym weryfikacji istnienia podstawy do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp w Konsorcjum Budimex.

Izba w odniesieniu do tego zarzutu podtrzymuje w całości stanowisko wyrażone w uzasadnieniu Izby w odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania Odwołującego Stecol.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zarzut 1 odwołania PORR nie zasługiwał na uwzględnienie jako przedwczesny. Jak bowiem szczegółowo wskazano wyżej to nie rolą Izby na tym etapie postępowania odwoławczego jest ocena, czy Budimex złożył dokumenty w terminie, oraz czy self-cleaning został przeprowadzony w sposób skuteczny. Obowiązek ten obciąża bowiem Zamawiającego, którego to spełnienia zaniechał.

Izba w konsekwencji oddaliła złożone przez PORR wnioski dowodowe, uznając, że miały one na celu wykazanie zasadności zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum Budimex z postępowania, która to okoliczność na skutek uwzględnienia zarzutu ewentualnego będzie dopiero poddana badaniu przez Zamawiającego. Dowody nie miały więc wpływu na rozstrzygnięcie postępowania.

Sprawa o sygn. akt 3390/23

Izba ustaliła:

Odwołujący Budimex w następujący sposób uzasadnił spełnienie przesłanki z art. 505 ust. 1 Pzp: „w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego, interpretowany w tym przypadku jako interes generalny, odnoszący się do konieczności przestrzegania przez Zamawiającego zasad ustawy Prawo zamówień publicznych, doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, ponieważ stan faktyczny na dzień wniesienia niniejszego odwołania jest taki, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty, jednakże w ocenie Odwołującego tylko jego oferta nie podlega odrzuceniu. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, oferta Konsorcjum PORR nie została z Postępowania odrzucona i w dniu upływu terminu na wniesienie odwołania (tj. 10 listopada 2023 r.) w dalszym ciągu wykonawca Konsorcjum PORR ma szanse na wybór jego oferty w niniejszym Postępowaniu. Wobec powyższego, szkoda Odwołującego polega na możliwości braku osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia, w przypadku gdyby w dalszym toku prowadzenia Postępowania Zamawiający zdecydował się na podjęcie czynności związanej z oceną oferty Konsorcjum PORR. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom do wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż nie można wykluczyć (jest to możliwe choćby teoretycznie), że odwołanie zostanie wniesione przez wykonawcę, którego oferta – zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego wraz z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej – została odrzucona, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin, Chińska Republika Ludowa. W takiej sytuacji nie jest wykluczone, że – o ile odwołanie zostałoby uwzględnione - dojdzie do powtórzenia aukcji elektronicznej, w której udział weźmie – mimo powinności wykluczenia – także Konsorcjum PORR. Z kolei jeśli to właśnie ten wykonawca złoży najkorzystniejszą ofertę w trakcie aukcji, najpewniej zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu przeciwko Konsorcjum PORR w przyszłości zostaną uznane za spóźnione. Może zatem dojść do wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu, a oferta odrzuceniu, co z pewnością jest ze szkodą dla Odwołującego. Tym samym Konsorcjum Budimex ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania.”.

Izba zważyła:

Dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające, aby wniósł je podmiot zaliczany do kategorii wskazanej w art. 505 ust. 1 Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej - oprócz tego, że musi zaliczać się do tej kategorii - musi także wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że: 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie; 2) poniósł lub może ponieść szkodę; 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie. Jest to warunek skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej, który podlega badaniu przez organy rozpoznające środek ochrony prawnej.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący Budimex nie wykazał możliwości poniesienia szkody. Wskazać należy, że konkretny wykonawca poza samą wiedzą o wadliwych w jego ocenie czynnościach zamawiającego musi mieć także przymiot wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu, a wadliwie dokonana czynność powodować możliwość powstania szkody u tego wykonawcy.

Istota problemu sprowadzała się w niniejszej sprawie się do oceny, czy Odwołujący Budimex wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania. Przy czym w ocenie Izby tę przesłankę ocenia się na moment wniesienia odwołania, co więcej ona może odpaść po wniesieniu odwołania, ale nie powoduje to niedopuszczalności odwołania, może mieć jedynie znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia. To zasada powszechnie akceptowana w procesie cywilnym i niedoznająca różnic na gruncie postępowania odwoławczego. Dokonując tej oceny Izba doszła do przekonania, że Odwołujący Budimex nie jest i nie był w stanie wykazać możliwości poniesienia szkody w związku z czynnością

Zamawiającego polegającą na wyborze jego oferty jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Podkreślić należy, że ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie wykluczenia Odwołującego PORR nie powodowałoby, że Odwołujący Budimex traci szansę na osiągnięcie zysku z tego zamówienia. Przeciwnie nawet w takiej sytuacji jego oferta wciąż pozostawałaby najkorzystniejszą w postępowaniu. Tak rozumiana szkoda nie wpisuje się w brzmienie art. 505 ust. 1 ustawy. Już na gruncie ustawy z 2004 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach w sprawie sygn. akt X Ga 343/14 z dnia 9 stycznia 2015 r. stwierdził, że dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody.

Izba nie dokonała merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, gdyż odwołujący nie legitymował się prawem do jego wniesienia w dacie sporządzenia odwołania, czyli nie wykazał jaką szkodę mógłby ponieść w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołanie KIO 3390/23 zatem należało oddalić.

W sprawie o sygn. akt KIO 3376/23 Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego Stecol w częściach równych. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego Stecol w wysokości po 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę 570 zł, a więc łącznie 24 170 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 085 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 3388/23 Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego i Odwołującego PORR w częściach równych. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego PORR w wysokości po 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł, a więc łącznie 23 600 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego PORR, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 3390/23 Izba oddaliła odwołanie i okosztach orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący : ……..

Członkowie: ……..

……..