

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2025 roku przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., Francja adres**

do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy **Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SAFEGE S.A.S., Francja adres**

do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., Francja adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 3 690 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., Francja adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą**

w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. Zasadza od wykonawcy **SAFEGE S.A.S., Francja adres**

do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce Warszawa

na rzecz zamawiającego **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa**

- Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** stosownie do wyniku postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1626/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – **Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa- Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą **Świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. „Centrum Cyberbezpieczeństwa NASK”**,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2025 r., numer ogłoszenia: 54421-2025.

W dniu 25 kwietnia 2025 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024r. poz. 1320 dalej: ustawa / ustawa PZP) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynnościami Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego, w szczególności w sposób, który umożliwiłby ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wystąpiły podstawy wykluczenia SAFEGE z Postępowania oraz w jakim zakresie i z jakich powodów nie uwzględnił informacji i dowodów przedstawionych przez SAFEGE w toku Postępowania;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp przez niezasadne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty;

3) art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący podjął się nieskutecznego przeprowadzenia procedury tzw. samooczyszczenia

w sytuacji, gdy z treści złożonego przez SAFEGE formularza JEDZ wynika wprost,

że wykonawca nie przeprowadzał procedury samooczyszczenia z uwagi na to, że stoi na stanowisku, że nie są względem niego spełnione przesłanki wykluczenia

z Postępowania, co doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania,

że Odwołujący nieskutecznie przeprowadził procedurę „samooczyszczenia”,

a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona;

ewentualnie w przypadku uznania, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutecznie wykazał istnienie wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp:

4) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp przez uniemożliwienie Odwołującemu wykazania, że spełnił on przesłanki, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp przez przeprowadzenie procedury tzw. samooczyszczenia w sytuacji, gdy Zamawiający doszedł do przekonania, że względem Odwołującego są spełnione przesłanki wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, czego konsekwencją było odrzucenie złożonej przez niego oferty;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez niezasadne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty w sytuacji, gdy zidentyfikowana przez Zamawiającego rozbieżność dotycząca działań innego zamawiającego, tj. PKP PLK S.A. wobec SAFEGE nie może być zakwalifikowana, jako wypełniająca przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, wobec braku znaczenia i wpływu (a tym bardziej istotnego wpływu) na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu, skoro działania PKP PLK S.A.

w postaci odrzucenia oferty SAFEGE stanowiły jedynie realizację wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 3697/24, o którego wydaniu SAFEGE poinformował Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- przeprowadzenia ponownej procedury badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ewentualnie w przypadku uznania, że Zamawiający wykazał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istnienie względem Odwołującego przesłanek wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp

- wezwania Odwołującego do przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, w odpowiednim zakresie.

Odwolujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pozbawiło go szansy na uzyskanie zamówienia, podczas gdy przywrócenie jego oferty do postępowania spowoduje, że będzie ona ofertą ocenioną najwyżej. Kalkulując punkty, jakie Odwołujący powinien otrzymać, gdyby jego oferta nie została odrzucona, uzyskałby on więcej punktów niż aktualnie wybrany wykonawca (jedyny, którego oferta nie podlegała odrzuceniu). Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania oraz kwestionowaniu czynności i zaniechań Zamawiającego. Szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy odpowiada co najmniej zyskowi, jaki Odwołujący osiągnąłby realizując zamówienie.

Odwolujący przedstawił uzasadnienie zarzutu odwołania wskazując między innymi, że:

wykluczeni z postępowania mieli zostać wykonawcy wobec których zachodzą okoliczności określone w: art. 108 ust. 1 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4-10 Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, art. 5k Rozporządzenia 833/2014.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył między innymi wypełniony formularz JEDZ, w którym na pytanie: *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, udzielił odpowiedzi twierdzącej*, wskazując jednocześnie, że w odpowiedzi na ww. pytanie zaznaczył odpowiedź „TAK”, działając z ostrożności, a szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zostały dołączone do oferty.

W dniu 15 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 10 Pzp oraz art. 110 ust. 3 Pzp.

Brak podstaw do wykluczenia SAFEGE na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.

Odwolujący podał, że okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że Odwołujący, składając Zamawiającemu ofertę na realizację zamówienia złożył wyjaśnienia, których w sposób zupełnie transparentny wskazał, że:

a. 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 i przedstawił (w formie załącznika do JEDZ) szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wszystkich zdarzeń, do jakich doszło w trakcie realizacji tych kontraktów, podkreślając jednak, że mimo ich wystąpienia Odwołujący uważa, że nie są w żadnym przypadku spełnione przesłanki

do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

b. w dniu 7 listopada 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie

o sygnaturze akt: KIO 3697/24, którym nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty SAFEGE w postępowaniu w przedmiocie zarządzania i sprawowania nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu pn.: Odcinek B- Roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańska Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna- Gdynia” wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Glinicz- Kartuzy – faza II” (dalej jako „Oferta Somonino B”) i odrzucenie tej oferty w związku uznaniem przez Izbę, że SAFEGE wprowadził zamawiającego w błąd

nie ujawniając informacji dotyczących zdarzeń, do jakich doszło w trakcie realizacji na rzecz Miasta Kraków umowy na „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. Budowa 8 Pułku Ułanów”, które to zdarzenie Izba zakwalifikowała dodatkowo jako wypełniające przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp - również i w tym przypadku Odwołujący wyraźnie zaznaczył, że kwestionuje rozstrzygnięcie Izby i zdecydował się na zaskarżenie wyroku w drodze skargi do Sądu Zamówień Publicznych.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że pierwotnym błędem, jaki popełnił przy ocenie oferty Odwołującego, który doprowadził go do niezasadnego odrzucenia oferty SAFEGE, było nieprawidłowe ustalenie, że względem Odwołującego są spełnione przesłanki wykluczenia,

o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący podniósł, że w treści pisma z dnia 15 kwietnia 2025r., Zamawiający nie wyjaśnił w zasadzie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wystąpiły podstawy wykluczenia SAFEGE z Postępowania oraz w jakim zakresie

i z jakich powodów nie uwzględnił informacji i dowodów przedstawionych przez SAFEGE

w toku Postępowania.

Zdaniem odwołującego Zamawiający decyzję o istnieniu względem SAFEGE przesłanek dotyczących wykluczenia oparł na tym, że:

a. doszło do odstąpienia od umowy lub naliczenia kar umownych,

b. mamy do czynienia z kilkoma zdarzeniami,

c. odstąpienia od umowy lub naliczenia kar umownych następowały w toku realizacji umów dotyczących różnego rodzaju obiektów.

Te właśnie okoliczności legły u podstaw konkluzji Zamawiającego do rzekomego braku rzetelności po stronie SAFEGE, z czym Odwołujący kategorycznie się nie zgadza.

Odwolujący zarzucił, że Zamawiający dokonał oceny działalności SAFEGE w sposób schematyczny i niezindywidualizowany w tym sensie, że zdarzenia do jakich doszło nie były oceniane ani nawet zestawiane z całą działalnością SAFEGE.

Odwolujący podał, że jednak najistotniejsze, że zamawiający w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 r. całkowicie pomija treść wyjaśnień, jakie Odwołujący złożył Zamawiającemu

po to, aby pokazać, że pomimo zaistnienia określonych zdarzeń, względem SAFEGE nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

Poza samym tylko potwierdzeniem u wybranych zamawiających faktu, że do określonych zdarzeń doszło (co jest bezsporne w sprawie, bo Odwołujący wprost informował o tych zdarzeniach składając ofertę) Zamawiający w ogóle nie

odniósł się do okoliczności związanych z przedmiotem tych umów i obszarem, w jakim dochodziło do spornych naruszeń – przedmiotem zamówienia w Postępowaniu są usługi nadzoru (Inżyniera Kontraktu), podczas gdy większość projektów wskazanych w informacji o odrzuceniu dotyczy świadczenia innych usług, niezależnie od tego.

Jakkolwiek przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odsyła wyłącznie do umów o zamówienie publiczne, których przedmiot był analogiczny do przedmiotu aktualnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to okoliczność ma znaczenie zarówno przy wykładni celowościowej tego przepisu a przede wszystkim przy ocenie proporcjonalności wykluczenia wykonawcy w takim przypadku (czyli przy stosowaniu przepisu art. 109 ust. 3 Pzp). Zasadniczo przedmiotem tych umów nie były usługi nadzoru, których dotyczy niniejsze postępowanie (wyjątek dotyczy zdarzenia do którego doszło przy realizacji usług dla Teatru Dramatycznego w Białymstoku).

Odnosnie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, że Krajowa Izba Odwoławcza wniosła m.in. w sprawie interpretacji pojęcia naruszenia obowiązków zawodowych dwa pytania prejudycjalne (wyr. TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11, Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska SA, EU:C:2012:801) i w wyniku ich rozpatrzenia Trybunał stwierdził, że możliwe jest potraktowanie niewykonania zamówienia jako naruszenia obowiązków zawodowych, brak jest jednak możliwości automatycznego wykluczenia wykonawców za niewykonanie zamówienia. Jednocześnie Trybunał dokonał interpretacji pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego, wskazując, że jest to naruszenie norm zawodowych i etycznych, w zakresie których orzekają m.in. sądy Dyscyplinarne. Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp jest wiązany z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, przy czym Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek obowiązku zawodowego (np. wynikającego

z prawa budowlanego), który miałby zostać naruszony przez Odwołującego, ani przesłanek wykazujących, że takie naruszenia, gdyby uznać że wystąpiły, miałyby mieć poważny charakter, gdy tymczasem to właśnie na Zamawiającym spoczywał ciężar „wykazania

za pomocą stosownym dowodów”, że Odwołujący dopuścił się ciężkiego naruszenia obowiązków zawodowych.

Odwołujący wskazał, że choć Zamawiający zwraca uwagę, że doszło do kilku zdarzeń, to jednak w ogóle nie analizuje „skali zdarzeń” przez pryzmat ogólnej działalności Odwołującego. Tymczasem SAFEGE wskazuje, że właśnie mając na uwadze szeroki rozmiar działalności spółki, ujawnione w wyjaśnieniach zdarzenia, powinny być potraktowane jako mają charakter zdarzeń „incydentalnych”. Na polskim rynku SAFEGE w ostatnich latach uzyskał ok. 47 referencji (inwestycje zakończone w latach 2021-2024, za których realizację wystawiono oficjalny dokument referencji; nie licząc projektów w toku, które są wykonywane

należycie) za należyte wykonanie usług nadzoru (Inżyniera Kontraktu, Inwestora Zastępczego) tylko dla klientów z sektora publicznego. Wśród nich znajdują się też znaczne inwestycje, w których investorem była Generalna Dyrekcja Dróg Państwowych i Autostrad oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – tylko dla tych dwóch Zamawiających jest to 11 umów o łącznej wartości ponad 142 mln zł netto.

Zamawiający nie wykazał, że względem SAFEGE zachodzą przesłanki wykluczenia

z Postępowania, a sama okoliczność, że doszło do określonych zdarzeń w postaci

czy to odstąpienia od umowy czy to naliczenia kar umownych nie jest wystarczającą

do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp, o czym w zakresie:

- co do sporu z Województwem Podkarpackim – Podkarpackim Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie,

- co do sporu z GDDKiA – „Giżycko- Miki”,

- co do zdarzenia dotyczącego Teatru Dramatycznego w Białymstoku,

- co do zdarzenia dotyczącego Jeziora Czerniakowskiego

Odwołujący podał, że zamawiający nie dopełnił wymagań koniecznych dla skutecznego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jakkolwiek okoliczności faktyczne lub informacje przedstawione przez zamawiającego opierają się wyłącznie o jednostronne stanowiska inwestorów pozostających w sporze z odwołującym. Odwołujący podał, że zamawiający nie podejmuje nawet najmniejszej próby dokonania analizy zaistniałych zdarzeń przez pryzmat przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, nie prezentuje merytorycznego wyводу, opartego na rzetelnym ustalonym stanie faktycznym, co do wypełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podał, że w przypadku przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający wskazuje jedynie na fakt, że doszło do odstąpienia od umowy lub naliczenia kar umownych i czy między stronami toczy się spór sądowy, przy czym nawet tych informacji nie analizuje przez pryzmat spełnienia przesłanek wykluczenia. W przypadku przesłanki,

o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego uznał, że w jego ocenie SAFEGE dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, zwłaszcza mając na uwadze skalę działalności Odwołującego, wartość realizowanych kontraktów i szereg pozytywnych ocen co do jego pracy, jakie na przestrzeni ostatnich lat pozyskał od inwestorów, na rzecz których realizował zamówienia. Istotne uchybienie przez zamawiającego przepisom i zasadom ustawy Pzp, w szczególności zasadom określonym w art. 16 pkt 1-3 Pzp, które zobowiązują zamawiającego do działania w sposób proporcjonalny, przejrzysty i z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na pewno nie czyni zadość tym zasadom ocena zamawiającego pomijająca składane w toku postępowania przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz przedstawienie lakonicznego, aż do naruszenia granic art. 253 ust. 1

pkt 2 Pzp, uzasadnienia odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego zamawiający, zobowiązany do obiektywnej oceny zgłoszonych przez odwołującego sytuacji oraz obciążony ciężarem dowodu w zakresie ustalenia, że podstawy wykluczenia faktycznie i jednoznacznie wystąpiły w danym przypadku, powinien być co najmniej powściągliwy, co do pozyskiwanych samodzielnie informacji. Zamawiający powinien być przynajmniej wezwać Wykonawcę

do dalszych wyjaśnień, ustosunkowania się do informacji uzyskanych od inwestorów

lub zaktualizowania okoliczności mogących mieć znaczenie dla wystąpienia podstaw wykluczenia.

W zakresie podnoszonej wadliwej oceny zamawiającego dot. wyjaśnień dołączanych do JEDZ ewentualnie zaniechanie wezwania SAFEGE do skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia.

Na pytanie zawarte w JEDZ: „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”) odwołujący udzielił odpowiedzi negatywnej, co było naturalną konsekwencją tego, że w ramach złożonych Zamawiającemu wyjaśnień wykonawca przedstawiał argumenty przemawiające za tym, że nie są względem niego

spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania.

Odwołujący podał, że zamawiający odrzucił ofertę SAFEGE z uwagi na nieskuteczne przeprowadzenie procedury tzw. samooczyszczenia, przy czym odwołujący takiej procedury w ogóle nie przeprowadzał z tego powodu, że kwestionował spełnienie względem niego przesłanek wykluczenia i to zarówno tych, wynikających z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, jak i

tych z pkt 8 i 10 Pzp, na co wprost wskazywał zarówno w treści formularza JEDZ

i w załącznikach do tego formularza, gdzie szczegółowo wyjaśniał, dlaczego uważa,

że nie są względem niego spełnione przesłanki wykluczenia, pomimo wystąpienia określonych zdarzeń, które opisał.

Błędem popełnionym przez zamawiającego było uznanie, wbrew jednoznacznemu oświadczeniu zawartemu w JEDZ, że wykonawca przeprowadził procedurę samooczyszczenia, którą Zamawiający ocenił jako za nieskuteczną. Odwołujący, kierując się wytycznymi wynikającymi z najnowszego orzecznictwa zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Zamówień Publicznych, udzielił odpowiedzi twierdzącej na postawione w JEDZ pytanie dotyczące zdarzeń, do jakich doszło w ramach wcześniej realizowanych przez niego umów po to, aby Zamawiający miał możliwość dokonania

samodzielnej oceny zaistniałych zdarzeń przez pryzmat przewidzianych w dokumentach zamówienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Odwołujący działał przy tym w zaufaniu do Zamawiającego.

Odwołujący podał, że przedstawienie przez odwołującego szczegółowego stanu faktycznego sprawy nie powinno w sposób automatyczny prowadzić do konkluzji, że względem niego są spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania, a tym samym pociągać za sobą obowiązek przedkładania ewentualnego „self-cleaningu” już na etapie składania ofert,

co byłoby działaniem wewnętrznym sprzecznym wobec jednoczesnego kwestionowania przez odwołującego spełnienia

wobec niego przesłanek wykluczenia.

Odwolujący nie podziela dokonanej przez zamawiającego oceny sytuacji, do jakich doszło w ramach wcześniej realizowanych przez odwołującego kontraktów, to stoi na stanowisku, że nawet jeżeli zamawiający doszedł do przekonania, że względem odwołującego są spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania, to powinien był umożliwić mu skuteczne przeprowadzenie samoczyszczenia, tj. przedstawić mu wynik swojej oceny oraz umożliwić mu wykazanie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Zarzut dotyczący przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zamawiający nie wskazał jak podana informacja w zakresie zamówienia PKP PLK S.A.,

w jaki sposób informacja ta mogłaby oddziaływać na decyzje zamawiającego. Odwołujący złożył zamawiającemu dokument „Nota informacyjna art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP 29.11.2024-sig.pdf”, w którym informował zamawiającego, że w dniu 7 listopada 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, w sprawie toczącej się pod sygnaturą akt: KIO 3697/24, jak również o sentencji tego orzeczenie, czego zamawiający zresztą nie kwestionuje i wprost odnosi się do sentencji tego orzeczenia na str. 12 pisma. Działanie ww. zamawiającego było realizacją sentencji orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 3697/24, które zostało zaskarżone przez odwołującego do Sądu Zamówień Publicznych.

Kwestia wykluczenia odwołującego z tamtego postępowania nie mogła mieć żadnego wpływu na decyzję zamawiającego z tego właśnie względu, że zamawiający PKP PLK S.A. wykonywał jedynie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, o którego wydaniu zamawiający został poinformowany. Sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wymaga wykazania przez zamawiającego nie tylko tego, że w ogóle potencjalnie dana informacja mogła wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego, ale także że wpływ ten byłby istotny, czego nie sposób stwierdzić

w niniejszej sprawie. Zidentyfikowana przez Zamawiającego rozbieżność (wynikająca wyłącznie z dynamiki sytuacji, nakładających się na siebie postępowań, które wymuszają częstą aktualizację stanu faktycznego, co SAFEGE niewątpliwie próbuje robić) nie może być zakwalifikowana, jako wypełniająca przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, wobec braku wpływu (a tym bardziej istotnego wpływu) na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez zamawiającego oraz odwołującego, a także uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 23 maja 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko wykonawcy Ekocentrum – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zawarte w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2025 roku „Pismo procesowe przystępującego”.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy - *Uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.*

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 253 ust. 1 ustawy – 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.

- art. 109 ust. 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

- art. 110 ust. 2 ustawy - 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.
- art. 110 ust. 3 ustawy - Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.
- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła:

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 kwietnia 2025 roku zamawiający powiadomił odwołującego o tym, że podlega wykluczeniu z postępowania o zamówienie, podając:

2) Oferta Wykonawcy:

SAFEGE S.A.S. Société par actions simplifiée (spółka akcyjna uproszczona), 15-27 rue du Port, Parc de Ille, 92022 Nanterre, Francja, NIP: FR 8.

SAFEGE S.A.S. Société par actions simplifiée (spółka akcyjna uproszczona) Oddział w Polsce, Adres siedziby Wykonawcy: Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, NIP: Oddział w Polsce: 1070000916

Uzasadnienie faktyczne:

Na podstawie Rozdziału V ust. 2 pkt 1) SWZ:

„2. Wykluczeniu z postępowania podlegają Wykonawcy, wobec których zachodzą okoliczności określone w:

1) art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) - 10) ustawy Pzp;”

W części III C JEDZ w pytaniu: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa

z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Zaznaczył odpowiedź: TAK, informując Zamawiającego, że w odpowiedzi na ww. pytanie zaznaczył odpowiedź „TAK”, działając z ostrożności. Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zostały dołączone do oferty.

Następnie, w polu: Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samoooczyszczenie”)?- Wykonawca zaznaczył odpowiedź „NIE”.

W pytaniu: Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

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

b) zataił te informacje;

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

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

Wykonawca zaznaczył odpowiedź: „NIE”.

Jednocześnie, Wykonawca wraz z ofertą złożył na potrzeby procedury samoooczyszczenia dokumentację, w której zawarł wyjaśnienia w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, w których wskazał informacje „z daleka idącej ostrożności”

w zakresie postępowania publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu pn.: Odcinek B – Roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańska Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia” wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Glinz – Kartuzy – faza II” – dalej „Oferta Somonino B”), w którym został wykluczony na podstawie wskazanych powyżej przesłanek.

Wykonawca złożył również wyjaśnienia w zakresie przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp: „ (...)z daleko idącej ostrożności, w związku z zapadłym w dniu 07.11.2024 r. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 3697/24), rozbieżnościami

w orzecznictwie, a także biorąc pod uwagę pojawiającą się linią orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykluczającą w sposób bardzo szeroki obowiązki informacyjne wykonawców

w zakresie historycznej realizacji projektów (pod kątem podstaw wykluczenia) (...) informację o sytuacjach zaistniałych w ramach realizowanych umów, które to sytuacje nie dają jednak

w ocenie Wykonawcy podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.”.

Wykonawca w wyjaśnieniach przywołał szereg umów dot. realizowanych przez niego zamówień publicznych, w których Inwestor odstąpił od umowy w części/całości lub naliczył Wykonawcy kary umowne w tym m.in.:

1) umowę na wykonanie koncepcji zagospodarowania i odprowadzania wód opadowych i roztopowych dla obszaru Łuku Siekierkowskiego, ze szczególnym uwzględnieniem źródeł i sposobu zasilania w wodę akwenu rezerwatu przyrody „Jeziorko Czerniakowskie” – Zamawiający: M. st. Warszawa, odstąpił od jej części a także naliczył kary umowne z winy Wykonawcy. Wykonawca w wyjaśnieniach zaznaczył, że złożył zawiązanie do próby ugodowej w przedmiotowej sprawie, a także że do ugody nie doszło. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez SAEAGE S.A.S. sprawa nie jest przedmiotem postępowania sądowego pomiędzy stronami.

2) trzy umowy na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich na wykonanie operatów wodnoprawnych wraz odnowieniem pozwoleń wodnoprawnych:

- Akt umowy nr 417/243/WOŚ/9/2022 z dnia 29.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 417”);

- Akt umowy nr 418/243/WOŚ/6/2022 z dnia 28.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 418”);

- Akt umowy nr 419/243/WOŚ/7/2022 z dnia 28.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 419”).

Wykonawca wskazał, że Zamawiający odstąpił od każdej z umów w części, a oświadczenia o odstąpieniu zawierały takie samo uzasadnienie tj. wskazano w nich, że: „W zawartej umowie Wykonawca zobowiązany był do wykonania dokumentacji w postaci operatu wodnoprawnego niezbędnego do odnowienia pozwolenia wodnoprawnego dla wskazanych urządzeń wodnych. Dokumentacja ta została sporządzona i przejęta przez Zamawiającego. Strony ustaliły wysokość wynagrodzenia, które zostanie wypłacone Wykonawcy. W związku z tym umowa w znacznej części została wykonana. Z uwagi na fakt, że Wykonawca nie może wykonać umowy w zakresie uzyskania na rzecz Zamawiającego pozwolenia wodnoprawnego odstepujemy od umowy w tej części.”

Dalej jak Wykonawca wskazał: „W ślad za oświadczeniem o odstąpieniu, Zamawiający wystawił w dniu 29.12.2022 r. noty księgowo nr 4/XI/2022 na kwotę 2 284,85 zł, 3/XI/2022 na kwotę 2 434,85 i 2/XI/2022 na kwotę 2 406,62 zł (odpowiednio dot. Umowy nr 417, Umowy nr 418 i Umowy nr 419) tytułem kary umownej naliczonej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, a następnie złożył oświadczenie o potrąceniu, co było kwestionowane przez SAFEGE.”.

3) umowę nr AG.7.2024 z dnia 1 marca 2024 r. na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu pn. „Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku”, w której Zamawiający- Teatr Dramatyczny pismem nr AG.21.2.19.2024-007 z dnia 21.05.2024 r. naliczył Wykonawcy kary umowne w łącznej kwocie 119 049,80 zł. Jak podkreślił Wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach odstąpił od Umowy, a następczo od Umowy odstąpił Zamawiający, kwestionując wcześniejsze odstąpienie Wykonawcy oraz naliczając w zw. z powyższym karę umowną za bezpodstawnie odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę w wysokości 182 032, 62 zł.

4) umowę nr O/OL.D-3.2413.11.2021 z dnia 17.11.2021 r. na „Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko-Milki” realizowaną na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie. W toku realizacji umowy GDDKiA przekazała Wykonawcy notę księgową nr 4092400089 z dnia 04.11.2024 r. (otrzymaną w dniu 07.11.2024 r.) na kwotę 221 790,80 zł za zwłokę w realizacji przedmiotu Umowy. Wykonawca wskazał również, że Inwestor w dniu 14.11.2024 r. przekazał mu oświadczenie o odstąpieniu od Umowy na podstawie § 4 ust. 5 Umowy w zw. z § 16 ust. 1 pkt 6 Umowy, tj. z tytułu zwłoki w przekazaniu jakiegokolwiek opracowania. W ślad za złożonym oświadczeniem o odstąpieniu od Umowy, GDDKiA wystawiła notę księgową nr 4092400098 z dnia 19.11.2024 r. na kwotę 153 500,00 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którą to notę Wykonawca otrzymał w dniu 22.11.2024 r.

Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zwrócił się do Zamawiających wskazanych w punktach 1)-4) powyżej, w celu uzyskania informacji na temat przedmiotowych umów publicznych.

W zakresie pkt 1)

M. st. Warszawa wskazało, że w sprawie umowy na wykonanie koncepcji zagospodarowania i odprowadzania wód opadowych i roztopowych dla obszaru Łuku Siekierkowskiego,

ze szczególnym uwzględnieniem źródeł i sposobu zasilania w wodę akwenu rezerwatu przyrody „Jeziorko Czerniakowskie” sprawie toczy się postępowanie sądowe w pierwszej instancji (pismo stanowi załącznik do protokołu postępowania).

W zakresie pkt 2) Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich (dalej: PZDW) poinformował Zamawiającego, że powodem odstąpienia od umów (417/243/WOŚ/9/2022 z dnia 29.09.2022r., 418/243/WOŚ/6/2022 z dnia 28.09.2022r. 419/243/WOŚ/7/2022 z dnia 28.09.2022r.) był fakt ich niewykonania w terminie określonym w Umowie, co skutkowało brakiem możliwości rozliczenia wydatków roku budżetowego. Odstąpienie

spowodowane było niewykonaniem umowy w istotnej części dotyczącej uzyskania pozwolenia wodnoprawnego na usługę wodną. W związku z powyższym PZDW odstąpił od tej części umowy z winy Wykonawcy oraz naliczył kary umowne firmie SAFEGE S.A.S. Jak wskazał PZDW: odstąpienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Zamawiającego zgodnie z § 9 ust. 1.2 pkt g umowy tj. kary za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto. Wystawiono w związku z powyższym 3 noty obciążeniowe. Podczas realizacji umów Wykonawca nie zgłaszał Województwu Podkarpackiemu - Wojewódzkiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich problemów uniemożliwiających wykonanie zadań objętych umową. Nastąpiło to dopiero po wezwaniu Wykonawcy do wykonania umowy w terminie. Jednak przedstawione przez Wykonawcę argumenty były dla PZDW niezasadne. Jak dalej wskazano w piśmie, pomiędzy Stronami toczy się obecnie postępowanie sądowe w powództwa Wykonawcy, które dotyczy żądania zapłaty pozostałej części wynagrodzenia w kwocie 7 126,32zł, która została potrącona z wierzytelnością z tytułu wskazanych kar umownych (pismo stanowi załącznik do protokołu postępowania).

W zakresie pkt 3)

Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku (dalej: Teatr) poinformował Zamawiającego, że naliczył Wykonawcy karę umowną o charakterze odszkodowawczym na kwotę 153.999,13 zł- zgodnie z oświadczeniem o naliczeniu kary umownej z dnia 7 sierpnia 2024 roku, znak Pisma: AG,21.2.19.2024 - 009 - kara z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Jak wskazano w odpowiedzi: Teatr odstąpił od Umowy z winy Wykonawcy, powołując się na 24 ust. 1 pkt 1 i 2 Umowy. Przyczyną odstąpienia było porzucenie przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy, mimo wielokrotnych wezwań do jej należytego wykonania. Dodatkowo, w piśmie z dnia 2 sierpnia 2024 r., Teatr odniósł się do argumentów przedstawionych przez Wykonawcę dotyczących nieskutecznej próby wypowiedzenia umowy, wskazując, że nie znajdują one potwierdzenia w stanie faktycznym realizacji Umowy. Teatr skutecznie odstąpił od umowy z SAFEGE S.A.S. z winy Wykonawcy. Jak wskazał Inwestor, obecnie nie toczy się spór sądowy w przedmiotowej sprawie (pismo stanowi załącznik do protokołu postępowania).

W zakresie pkt 4)

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej: GDDKiA) poinformowała Zamawiającego, że w dniu 14.11.2024 r. odstąpiła od całości Umowy nr O/OL.D- 3.2413.11.2021, z dnia 17.11.2021 r., zawartej z firmą SAFEGE S.A.S. na wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania, pn: „Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko-Milki”, z powodu niewykonania Umowy w terminie. W ocenie GDDKiA firma SAFEGE S.A.S. do dnia odstąpienia od Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, nie wykonała zobowiązań wynikających z Umowy. Z tytułu odstąpienia od całości Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, została naliczona kara umowna w kwocie 153 500 zł (słownie: sto pięćdziesiąt trzy tysiące pięćset złotych 00/100), tj. 10% umownego wynagrodzenia netto. W związku z naliczeniem kary została wystawiona i przekazana Wykonawcy nota księgowa nr 4092400098, z dnia 19.11.2024 r. W związku

z odstąpieniem od całości Umowy nr O/OL.D-3.2413.11.2021, z dnia 17.11.2021 r.

i naliczeniem kary za odstąpienie, uprzednio naliczona (nota księgowa nr 4092400089,

z dnia 04.11.2024r.) kara za zwłokę w realizacji przedmiotu Umowy, w kwocie 221 790,80 zł. została anulowana notą księgową korygującą nr 4092400097 z dnia 19.11.2024 r. Jak wskazała GDDKiA Wykonawca nie wystąpił z pozwem do sądu w przedmiotowej sprawie (pismo stanowi załącznik do protokołu postępowania).

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp:

„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 nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.”

Zgodnie zaś z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp „Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

W przedmiotowej sprawie Wykonawca złożył wyjaśnienia w zakresie realizowanych, spornych umów natomiast w

przypadku każdego z przywołanych powyżej kontraktów publicznych Wykonawca nie uznaje swojej winy, składając wyjaśnienia „z daleko idącej ostrożności” oraz podkreślając, że zaistniałe sytuacje nie wypełniają kumulatywnie przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego istotą procedury self – cleaning jest przyznanie się przez Wykonawcę do przewinień oraz wskazanie środków naprawczych, które prowadzą do zapobieżenia problemów z realizacją umów w przyszłości, z czym nie mamy do czynienia w badanej sprawie.

Wykonawca co prawda wskazał środki zapobiegawcze, które podjął z daleko idącej ostrożności, w odpowiedzi na wyrok KIO 3697/24 dot. postępowania publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu pn.: Odcinek B – Roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańska Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia” wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Gliniec – Kartuszy – faza II” – dalej „Oferta Somonino B”), w którym został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp.

Wykonawca wskazał, że m.in.:

- dokonał analizy i podjął działania wyjaśniające dot. projektu stanowiącego przedmiot odwołania do KIO, przeanalizował również okoliczności związane ze złożeniem oferty

i dalszych informacji w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono przedmiotowe odwołanie,

- zaangażował działu wsparcia na potrzeby analizy okoliczności zaistniałych w ramach ww. projektu, a także przyjętych schematów,

-informuje Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o treści wyroku i okolicznościach z nim związanych przy pierwszej możliwej okazji,

-informuje zamawiających o złożonym odwołaniu i okolicznościach związanych z ww. projektem,

-zamawiający na skutek informacji przedstawianych przez Wykonawcę w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia (w którym złożono odwołanie) nie poniósł szkody, która podlegałaby naprawieniu, Wykonawca zwrócił się do kancelarii zewnętrznej o dokonanie analizy zasadności wniesienia skargi na ww. wyrok KIO oraz podstaw wykluczenia i zakresu przedstawianych informacji w kontekście aktualnie kształtującej się linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej i odbył w tym zakresie wstępne konsultacje, a następnie podjął decyzję o przygotowaniu skargi na ww. wyrok KIO.

Również w zakresie środków zapobiegawczych w odniesieniu do przesłanki wykluczenia

z art. 109 ust. 7 ustawy Pzp Wykonawca wskazał środki zapobiegawcze, które mają m.in. na celu stałe podnoszenie jakości świadczonych usług oraz zapewnienie pełnej rzetelności. Przedstawione środki zapobiegawcze nie zostały jednak powiązane każdorazowo

z umowami wskazanymi w dokumencie „wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP 16.12.2024_-sig”. Zamawiający nie jest zatem w stanie ocenić czy są one wystarczające by wyeliminować

problemy z realizacją umów w przyszłości. Z wyjaśnień nie wynika również czy Wykonawca podjął środki zaradcze względem osób, które przyczyniły się do nałożenia na Wykonawcę kar umownych/odstąpienia od realizacji umów z winy Wykonawcy, a także czy takowe środki są adekwatne do zminimalizowania ryzyka wystąpienia podobnych sytuacji w przyszłości.

Na potwierdzenie powyższego wskazać można chociażby fakt, że Wykonawca zapewnia o zmianach organizacyjnych w ramach wzmocnienia odpowiednich zespołów w ramach spółki tj. zatrudnieniem dodatkowych osób w okresie 6-11.2024r. w tym specjalisty ds. ofertowania zatrudnionego w sierpniu 2024 roku, w wyjaśnieniach zaś przedstawionych Zamawiającemu (Nota informacyjna art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP 29.11.2024-sig) przedstawił informacje niezgodne z prawdą tj. wskazał, że w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w którym wyrokiem KIO 3697/24 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie badanie i ocenę ofert oraz wykluczenie z postępowania wykonawcy Safage S.A.S. z siedzibą we Francji i odrzucenie oferty tego wykonawcy „(...) zamawiający do chwili obecnej nie dokonał wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty SAFEGE z tego tytułu.”. Dokument został podpisany w dn. 27.02.2025 r. natomiast zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w postępowaniu na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu: Odcinek B – Roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańska Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia” wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Gliniec – Kartuszy – faza II” odrzucił ofertę SAFEGE S.A.S. zgodnie z wyrokiem KIO w dn. 3.12.2024 r. (załącznik nr 1 do niniejszej informacji). 15.01.2025 r. opublikowano natomiast ogłoszenie w DUUE o udzieleniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (załącznik nr 2 do niniejszej informacji).

Informacja przekazana przez Wykonawcę zdaniem Zamawiającego stanowi dodatkową przesłankę wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. art. 109 ust.1 pkt 5), 7) i 10) oraz 110 ust. 3 ustawy Pzp

(...)

Jak można przeczytać w wyroku Izby (KIO 3697/24): Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo

- długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,

- zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,

3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO1638/22).

Zamawiający korzystając z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zwrócił się do czterech podmiotów publicznych w sprawie umów, w których wykonawcą był SAFEGE S.A.S., i w których zostały naliczone kary umowne i/lub odstąpiono w części/całości od ich realizacji. W ramach otrzymanych informacji Zamawiający wskazali na naliczenie kar umownych o charakterze odszkodowawczym (Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich), a także o odstąpieniu od umowy w całości (Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) lub w części (Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich) z winy Wykonawcy. Co więcej w sprawie umów

realizowanych z Teatrem Dramatycznym im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku oraz Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie nie są obecnie toczzone spory sądowe.

W treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp mowa jest nie tylko o tym, że dana sytuacja „doprowadziła do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy”, ale także „odszkodowania”. „Pojęcie „odszkodowania” należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c.).” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2023, s. 413).

Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało - czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu, czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak tylko o kary umowne mające charakter odszkodowawczy za działania lub zaniechania, które można przypisać wykonawcy, nie zaś kary o charakterze gwarancyjnym. (...) odszkodowanie nie musi być zasądzone, co oznacza, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia (...).” (Wł. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 348) Podkreślić należy,

że Wykonawca w wyjaśnieniach złożonych „z daleko idącej ostrożności” w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) ustawy Pzp przedstawił środki zapobiegawcze, które nie pozwalają Zamawiającemu na potwierdzenie jego rzetelności,

nie są bowiem każdorazowo bezpośrednio związane z poszczególnymi umowami publicznymi wykazywanymi przez Wykonawcę w dokumencie wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP 16.12.2024 -sig. Dodatkowo o procedurze self cleaningu należy mówić jedynie

w przypadku, gdy Wykonawca przyznaje się do błędów po swojej stronie i wskazuje środki naprawcze, SAFEGE S.A.S. podkreśla natomiast we wszystkich dokumentach, które przekazała Zamawiającemu, że nie uznaje swojej winy we wskazywanych spornych umowach.

Zamawiający zgodnie z art. 110 ust. 3 nie jest zatem w stanie stwierdzić, czy środki zapobiegawcze wskazane przez Wykonawcę są wystarczające do oceny jego rzetelności. Wątpliwość co do rzetelności Wykonawcy spowodowana jest równoległą informacją, którą przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawca przedstawił w dokumencie „wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP 16.12.2024 -sig”, wskazując że PKP PLK S.A. do dnia przekazania wyjaśnień nie wykluczył SAFEGE S.A.S. w postępowaniu będącym przedmiotem wyroku KIO 3697/24. Zdaniem Zamawiającego mogło mieć to wpływ na decyzję przez niego podejmowaną, zwłaszcza że względu na to, że oferta cenowa Wykonawcy była najkorzystniejsza, mogło mieć to więc wpływ na wybór Wykonawcy do realizacji przedmiotowego postępowania.

Definicję błędu, o którym mowa jest w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp można znaleźć m.in. w wyroku SO w Warszawie: (...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością

a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać

na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które

w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie błędów może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23).

Reasumując - odstąpienie od kilku umów o zamówienie publiczne, w sprawie których toczą się spory z zamawiającymi oraz naliczone zostały kary umowne za odstąpienie zdaniem Zamawiającego potwierdza, że nienależyte wykonywanie umów przez Wykonawcę nie miało charakteru incydentalnego. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7) wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonuje lub nienależyte wykonuje swoje zobowiązania z umów o zamówienie publiczne. Podobnie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nakazuje wykluczenie za poważne naruszenia obowiązków zawodowych. W opisywanych powyżej przypadkach zamawiający zastosowali najwyższą sankcję związaną z nienależytym

wykonywaniem zobowiązań tj. ustanie stosunku prawnego oraz żądanie odszkodowania

z tego tytułu. Należy zwrócić uwagę, że odstąpienie dotyczyło różnych umów (usługi dot. obiektów liniowych, obiektu kubaturowego, zagospodarowania przestrzeni) zawartych

z różnymi podmiotami zlecającymi usługi. Tego typu zdarzenia przemawiają za brakiem rzetelności Wykonawcy w realizowanych kontraktach. Zamawiający zastosował zaś fakultatywne przesłanki wykluczenia właśnie w celu uniknięcia konieczności nawiązania stosunku prawnego z Wykonawcą, który nie daje rękojmi należytego wykonania usługi. Zachodzą więc okoliczności zobowiązujące Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający ocenił, że przedstawione informacje nie odpowiadają wymogom samooczystości zarówno ze względu na to, że nie zostały przedstawione z taką intencją, jak i brak wykazania podjęcia środków w celu naprawy sytuacji Wykonawcy.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy: SAFEGE S.A.S. Société par actions simplifiée (spółka akcyjna uproszczona), 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre, Francja, NIP: FR 8., SAFEGE S.A.S. Société par actions simplifiée (spółka akcyjna uproszczona) Oddział w Polsce, Adres siedziby Wykonawcy: Al. Jerolimskie 134, 02-305 Warszawa, NIP: Oddział w Polsce: 1070000916 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) oraz art. 110 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w JEDZu odwołujący podał odpowiednio:

W części III C JEDZ 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 nalożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

„TAK”

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

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

b) zataił te informacje;

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

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

„NIE”

Przedstawione zostały również przez odwołującego dokumenty:

- Notatka informacyjna art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP 29.11.2024 (nazwa pliku)

- Wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP 16.12.2024 (nazwa pliku)

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego,

w szczególności w sposób, który umożliwiłby ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wystąpiły podstawy

wykluczenia SAFEGE z Postępowania oraz w jakim zakresie i z jakich powodów nie uwzględnił informacji i dowodów przedstawionych przez SAFEGE w toku Postępowania - **Izba zarzut 1 uznała za niezasadny.**

Na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ramach stanowiska zawartego w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 roku zamawiający przedstawił szeroka argumentację zarówno co do czynności podejmowanych w trakcie oceny oferty, jak również co do pozyskanych informacji, a w konsekwencji ustalonego stanu faktycznego co do podjętej czynności w zakresie oceny oferty odwołującego. Uzasadnienie czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania jest w ocenie Izby odpowiadającym uzasadnieniem przesłanek jakie wynikają z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy, jednoznacznie zawiera określenie okoliczności faktycznych stanowiących podstaw dokonanej oceny ze szczegółowym odniesieniem do okoliczności jakie legły u podstaw dokonanej czynności jak również jednoznaczne odniesienie się do podstaw prawnych jakie uzasadniały te działania.

W zakresie zarzutu (2) tj. naruszenia 2 art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp przez niezasadne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty - **Izba zarzut 2 uznała za niezasadny.**

Izba za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 roku sygn. akt 2236/24 podkreśla, że w myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

Regulacja powyższa stanowi efekt implementacji do polskiego stymu zamówień publicznych postanowień art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (detektywa klasyczna), który to przepis upoważnia Zamawiającego

do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Prawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”. Implementacja przepisów takiej dokonał polski prawodawca do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy musi być odczytywana w zakresie regulacji zawartych w tym przepisie, oraz w żaden sposób nie może być interpretowana i wykładana rozszerzająco. Ugruntowanym jest w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych jak również powtarzanym w doktrynie przedmiotu, że podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Jednoznaczne znaczenie przepisów krajowych obowiązującej ustawy musi być odczytywane zgodnie z ich treścią i niedopuszczalna jest jakakolwiek wykładnia rozszerzająca. Wymaga podkreślenia, że przesłanki wykluczenia

z postępowania odwoławczego materializując się w odniesieniu do danego wykonawcy stanowią bardzo dotkliwe sankcje, które orzeczone mogą zostać jedynie w zakresie brzmienia obowiązującego przepisu prawa w okolicznościach w których spełnienie

tych przesłanek zostało jednoznacznie wykazane przez Odwołującego.

Wymaga podkreślenia i usystematyzowania w ocenie Izby, że dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczenie z postępowania na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne

w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 października 2024 roku sygn. akt XXIII Zs 118/24 zawarł wyczerpujące dla oceny przesłanek ww. przepisu wskazując dodatkowo, że: „na tle zobowiązań kontraktowych mogą pojawić się spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny światła dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależycie wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Zamawiający nie może ograniczać się do ogólnych twierdzeń odnoszących się do niewłaściwej realizacji zamówienia, winien precyzować, które konkretne zlecenia nie były wykonane przez wykonawcę, dlaczego nie zostały wykonane i w oparciu, o które konkretne postanowienia umowne zamawiający uznał nieprawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę. Daleko idące konsekwencje prawne i faktyczne wpływające na status wykonawcy, winny znaleźć się szczególnie odzwierciedlenie w czynnościach zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2023 r., KIO 427/23).

Sąd Okręgowy podziela też pogląd prawny z innego orzeczenia KIO (wyrok z dnia 28 marca 2022 r., KIO 665/22), w którym słusznie podkreślono, iż wykluczenie wykonawcy

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający

nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależyciego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie

w stopniu znaczącym lub nienależycie wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie

i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji,

a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. ”

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że w stanowisku prezentowanym w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 roku zamawiający w odniesieniu

do wszystkich umów jakie legły u podstaw oceny odwołującego, a wskazanych ww. piśmie przedstawił wszystkie niezbędne elementy uzasadniające zaistnienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wskazał bowiem zamawiający, w odniesieniu do każdej z przesłanek, że zebrał wymagane informacje co do wykazania czego konkretnie odwołujący nie

zrealizował

w ramach tych umów, jakich obowiązków nie wykonał. W każdym przypadku została wyjaśniona istotność zobowiązania jakie nie zostało wykonane. W każdym przypadku również zamawiający zestawiał ze sobą informacje jakie przedstawił odwołujący oraz jakie

w trybie art. 128 ust. 5 zamawiający pozyskał od poszczególnych zamawiających. W ocenie Izby zamawiający szczegółowo uzasadnił podstawy wykluczenia odwołującego i co należy podkreślić informacje odnoszą się do określonej liczby umów (6), a nie wszystkich (19)

do jakich odwoływał się sam odwołujący w swoim stanowisku. W tym miejscu w całości Izba uwzględniła wywiedzione w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 roku stanowiska w zakresie ustalenia poszczególnych stanów, co do poszczególnych wymienionych tam umów. Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym, że w ramach dokonywania oceny zamawiający nie jest ograniczony do jakiegoś sprecyzowanego katalogu dowodów. Podzielić należy również pogląd, że na podstawie regulacji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy zamawiający obowiązany jest do oceny stanu jaki ustalili – w ramach czynności zamawiającego ocena ta, z daniem Izby, została dokonana prawidłowo w odniesieniu do wskazanych tych umów: umowa na wykonanie koncepcji zagospodarowania

i odprowadzania wód opadowych i roztopowych dla obszaru Łuku Siekierkowskiego,

ze szczególnym uwzględnieniem źródeł i sposobu zasilania w wodę akwenu rezerwatu przyrody „Jeziorko Czerniakowskie”; trzy umowy na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich na wykonanie operatów wodnoprawnych wraz odnowieniem pozwoleń wodnoprawnych: Akt umowy nr 417/243/WOŚ/9/2022 z dnia 29.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 417”), Akt umowy nr 418/243/WOŚ/6/2022

z dnia 28.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 418”), Akt umowy

nr 419/243/WOŚ/7/2022 z dnia 28.09.2022 r. (dalej również jako: „Umowa nr 419”); umowa nr AG.7.2024 z dnia 1 marca 2024 r. na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu

pn. „Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku”; umowa nr O/OL.D-3.2413.11.2021 z dnia 17.11.2021 r. na „Wykonanie projektu budowlanego

i wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania: Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Giżycko-Milki”. Wymaga podkreślenia, że w odniesieniu do wszystkich ww. umów zaistniała przesłanka odstąpienia od umowy, które jest wprost wskazane w przesłankach art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Warty jest odnotowania w tym miejscu, że odwołujący w piśmie procesowym zaznaczył, że w Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych opublikowanym przez UZP w 2018 r. wskazano, że w przypadku usług odstąpienie wystąpiło jedynie w 7% umowach na usługi, odwołujący podnosił dalej,

że z pisma odwołującego wynika, że w przypadku realizowanych przez niego umów aż 31% umów (6 z 19) zostało rozwiązanych w ten nadzwyczajny sposób. W każdym

z rozpoznawanych przypadków wskazane zostały również okoliczności zawiązane

z niewykonaniem umowy odnoszące się do danej umowy. Mając na uwadze wszelkie zdarzenia jakie są powiązane z odstąpieniem od umowy przez podmiot publiczny (tak jak np.: konieczność rozpisanie nowego postępowania o zamówienie, ewentualne spory sądowe)

to decyzję o dostąpieniu o umowy niewątpliwie musi uzasadniać brak podstaw kontynuowania takiej umowy, który w efekcie sprowadza się do poważnego naruszenia obowiązków przez wykonawcę, z winy którego dochodzi do odstąpienia od umowy. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo dokonał oceny przesłanek i prawidłowo zakwalifikował to jako podstawę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zaznaczenia wymaga, że nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego argumentacja odwołującego sprowadzająca się do oceny tych sześciu umów w przymacie całości działalności odwołującego, bowiem taka przesłanka nie wynika z przepisu. Nie wynika również z ww. przepisu ustawy dokonywanie oceny w zakresie umów, które przedmiotowo nie są powiązane z przedmiotem postępowania o zamówienie, w ramach którego dokonywana jest ocena tych przesłanek. Tym samym ta argumentacja odwołującego oraz szeroka analiza przedmiotów umów czy wielkości realizacji kontraktowej pozostaje bez wpływu na ocenę w ramach przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W odniesieniu do przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, która ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej oceny uczciwości i rzetelności każdego z „oferentów”, a opiera ona się na istotnym elemencie relacji pomiędzy zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającego, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiającego (tak SO Warszawa w wyroku z dnia 30 marca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 5/23 za wyrokiem TSUE z dnia 19 czerwca 2019 roku w sprawie C-41/18). W ocenie Izby, mając na uwadze zarówno ustalenia Izby jak również stanowisko wyrażone przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 roku, a także mając na uwadze rozpoznanie w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, które Izba w tym miejscu przywołuje, stwierdzić należy, że w ramach oceny zamawiający prawidłowo sklasyfikował wykazane w części faktycznej rozwiązania umów jako wykazanie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy. Za ww. wyrokiem TS wskazać również należy, że zamawiający ma możliwość wykluczenia wykonawcy w postępowaniu, w dowolnym momencie, a nie tylko po wydaniu wyroku przez sądu, co umożliwia zamawiającemu przeprowadzenie własnej oceny. Natomiast w odniesieniu do pojęcia „obowiązków zawodowych” niezbędnym jest odniesienie do wyroku TSUE w sprawie C-465/11, gdzie wskazano, że pojęcie to obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które są stwierdzane przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Trybunał dokonał interpretacji pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego, wskazując, że jest to naruszenie norm zawodowych i etycznych, w zakresie których orzekają m.in. sądy dyscyplinarne. Wyjaśniono także, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób,

że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony (...) Ponadto za naruszenie zasad zawodowych uznać należy również niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań. Przykładem takiego naruszenia będzie więc nienależyta realizacja zamówienia publicznego skutkująca wcześniejszym rozwiązaniem umowy. (zob. wyr. TSUE z 13.2.2017 r. w sprawie C-171/15, *Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden i in.*, EU:C:2016:948); (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 6, 2025, Lagalis). W ramach oceny przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy zamawiający obowiązany jest do ustalenia stanu faktycznego – co też zrobił oraz dokonania jego oceny w przymacie przesłanek tego przepisu. Zgromadzony materiał w ramach postępowania

o zamówienie tj. stanowiska odwołującego w przedstawionych wraz z JEDZ dokumentach oraz stanowiska zamawiających w odniesieniu do sześciu podniesionych umów są zgodne co do faktów. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu powyższego, ocena zamawiającego była prawidłowa.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący podjął się nieskutecznego przeprowadzenia procedury tzw. samooczyszczenia w sytuacji, gdy z treści złożonego przez SAFEGE formularza JEDZ wynika wprost, że wykonawca nie przeprowadzał procedury samooczyszczenia z uwagi na to, że stoi na stanowisku, że nie są względem niego spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania, co doprowadziło Zamawiającego do błędnego przekonania, że Odwołujący nieskutecznie przeprowadził procedurę „samooczyszczenia”, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona - **Izba zarzut 3 uznała za niezasadny.**

Faktem jest, że w ramach postępowania w JEDZ odwołujący w zakresie postawionego pytania przedstawił odpowiedź „NIE”. Niemniej jednocześnie przedstawiał dokumenty, które złożone zostały, z daleko idącej ostrożności, w związku z rozbieżnościami w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i wydanym w dniu 07.11.2024 r. wyrokiem KIO w sprawie Wykonawcy, zaznaczył w odpowiedzi na ww. pytanie „NIE” oraz przedstawił okoliczności z tym powiązane. Przedstawił również drugi z dokumentów, który zawierał informacje powiązane z przesłankami wykluczenia.

W piśmie z dnia 15 kwietnia 2025 roku zamawiający wskazał, że „Wykonawca wraz z ofertą złożył na potrzeby procedury samooczyszczenia dokumentację, w której zawarł wyjaśnienia w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp” oraz „Wykonawca złożył również wyjaśnienia w zakresie przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp”. Ze stanowiska zamawiającego wynika z jednej strony, że złożone dokumenty oceniał w zakresie przedstawienia „samooczyszczenia”, natomiast w treści również wskazuje na konieczność „przyznania się” przez wykonawcę do przewinień oraz wskazanie środków naprawczych, co jest istotą procedury self-cleaning, a z czym zamawiający nie ma do czynienia w badanej sprawie. Podkreślenia wymaga również, że zamawiający jednoznacznie podał ww. piśmie, że „Wykonawca wraz z ofertą złożył na potrzeby procedury samooczyszczenia dokumentację”, co oznacza, że zakwalifikował je jako procedurę samooczyszczenia, czym dał wyraz również uwzględniając te dokumenty przy ocenie oraz stwierdzając między innymi, że: „środki zapobiegawcze nie zostały powiązane każdorazowo z umowami wskazanymi w dokumencie „wyjaśnienia art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP 16.12.2024_„sig”. Zamawiający nie jest zatem w stanie ocenić czy są one wystarczające by wyeliminować problemy z realizacją umów w przyszłości. Z wyjaśnień nie wynika również czy Wykonawca podjął środki zaradcze względem osób, które przyczyniły się do nałożenia na Wykonawcę kar umownych/odstąpienia od realizacji umów z winy Wykonawcy, a także czy takowe środki są adekwatne do zminimalizowania ryzyka wystąpienia podobnych sytuacji w przyszłości.”

Izba zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z SWZ z rozdziałem VIII JEDZ. *Podmiotowe środki dowodowe. Przedmiotowe środki dowodowe.* wymagał: 1. *Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie*

w zakresie wskazanym w SWZ. *Informacja zawarte w oświadczeniu będą stanowić wstępne potwierdzenie, że Wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu, 2) spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz 8. Jeżeli Wykonawca podlega wykluczeniu ze względu na zajście okoliczności wskazanych w przepisach znajdujących zastosowanie w postępowaniu – Wykonawca przedkłada dowody wskazujące na spełnienie przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (samooczyszczenie).*

Uwzględniając powyższe, oraz mając na uwadze, że procedura zamówienia publicznego nie zna działania czy instytucji ustawy „z daleko idącej ostrożności” w ocenie Izby, zamawiający poddając te dokumenty ocenie odniósł się do przesłanek z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy.

W ocenie Izby nie ma jednak wpływu na wynik tego postępowania taka ocena zamawiającego, bowiem mając na uwadze treść SWZ oraz treść JEDZ i zaznaczone odpowiedzi „TAK”, a następnie „NIE” w odpowiedzi na pytania istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania i przytoczonych na wstępie w ustaleniach faktycznych, nie było podstawy wezwania wykonawcy odwołującego do uzupełniania dokumentów dla samooczyszczenia.

W zakresie zarzutu podniesionego ewentualnie w przypadku uznania,

że zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutecznie wykazał istnienie wobec odwołującego przesłanek wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp tj. **zarzutu (4) naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp** w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp przez uniemożliwienie Odwołującemu wykazania, że spełnił on przesłanki, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp przez przeprowadzenie procedury tzw. samooczyszczenia w sytuacji, gdy zamawiający doszedł do przekonania, że względem odwołującego są spełnione przesłanki wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, czego konsekwencją było odrzucenie złożonej przez niego oferty - **Izba zarzut 4 uznała za niezasadny.**

Mając na uwadze całość ustaleń w ramach rozpoznania zarzutu 2 i 3 odwołania stwierdzić należy, że nie ma podstawy do wyzwania wykonawcy do przedstawienia dokumentów

w ramach procedury samooczyszczenia. Podkreślenia wymaga, że odwołujący w JEDZ przedstawił oświadczenie co do teże procedury i nie uznał się za zobowiązanego

do przeprowadzania procedury self-cleaning. Skoro ocenił swoje postępowanie w taki sposób i nie uznał swojej odpowiedzialności za niewykonanie umów oraz nie naprawił szkody w ramach tych umów, co wynika z ustaleń zamawiającego to nie ma żadnej to od samego początku, tj. od złożenia oferty nie wykazywał żadnych okoliczności w zakresie samooczyszczenia. Ten podniesiony zarzut wydaje się jedynie próbą zmiany stanowiska odwołującego w ramach prowadzonego postępowania, w efekcie czego odwołujący stara się doprowadzić do sytuacji, w której nie czując się odpowiedzialnym za zdarzenia jakie miały miejsce przy realizacji tych sześciu określonych w ramach zarzutu 2 umów, nagle w wyniku zdarzeń jakie miały miejsce w postępowaniu – i to jedynie ewentualnie – stara się wywieść, że w zasadzie uznając zasadność oceny zamawiającego zarzuca brak możliwości samooczyszczenia. Działanie takie pozostaje w sprzeczności z samą zasadą samooczyszczenia wyrażoną w przesłankach wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy oraz jest niezgodne z oświadczeniem zawartym w JEDZ.

W zakresie zarzutu (5) tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez niezasadne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu

z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty w sytuacji, gdy zidentyfikowana przez zamawiającego rozbieżność dotycząca działań innego zamawiającego, tj. PKP PLK S.A. wobec SAFEGE nie może być zakwalifikowana, jako wypełniająca przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, wobec braku znaczenia i wpływu (a tym bardziej istotnego wpływu) na decyzje zamawiającego podejmowane w Postępowaniu, skoro działania PKP PLK S.A. w postaci odrzucenia oferty SAFEGE stanowiły jedynie realizację wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

w sprawie KIO 3697/24, o którego wydaniu SAFEGE poinformował Zamawiającego- **Izba zarzut 5 uznała za niezasadny.**

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu odwołania niezbędne wskazanie,

że termin składania ofert w tym postępowaniu o zamówienie wyznaczony został na 28 lutego 2025 roku godzina 11:00

Wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3697/24 wydany został w dniu 7 listopada 2024 roku, gdzie Izba nakazała odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o podstawę z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. W dniu 3 grudnia 2024 roku zamawiający PKP PLK S.A. odrzucił ofertę SAFAGE S.A.S, następnie w dniu 15 stycznia 2025 roku opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego.

Skarga na ww. wyrok została wniesiona przez odwołującego pod sygn. akt XXIII Zs 184/24

i została wycofana 25 lutego 2025 roku, postanowienie w tej sprawie z dnia 26 lutego 2025 roku, doręczone 12 marca 2025 roku zgodnie z oświadczeniem odwołującego.

Dokument JEDZ odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, którego dotyczy to odwołanie, został podpisany w dniu 27 lutego 2025 roku.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Inaczej mówiąc wprowadzenie zamawiającego w błąd ma polegać na przedstawieniu,

w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji nieprawdziwych, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy zachodzi w sytuacji, gdy spełnione są trzy przesłanki, tj. przedstawienia informacji wprowadzających w błąd; uczynienia tego w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności; przedstawione informacje zaś muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 lipca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 33/23). Natomiast za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2023,

sygn. akt XXIII Zs 5/23 należy wskazać, że Konstrukcja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17, LEX nr 2261033), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku

do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje,

że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności

- za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się

o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższą sekwencję zdarzeń, jak również oświadczenia odwołującego zawarte w załącznikach do JEDZ złożonych zamawiającemu w zupełności za niezasadne należy uznać stanowisko odwołującego z konstrukcji zarzutu odwołania odnoszące się

do stwierdzenia, że czynność odrzucenia odwołującego z tamtego postępowania „stanowiły jedynie realizację wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 3697/24”. Zamawiający zobowiązany jest do wykonania wyroku Izby – co też PKP PLK S.A. wykonał w dniu

3 grudnia 2024 roku, jak również po ogłoszeniu orzeczenia Izby uprawniony jest do zawarcia umowy, co też uczynił PKP PLK S.A. co wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego z dnia 15 stycznia 2025 roku. Izba podkreśla w tym miejscu, że przedstawienie informacji zarówno w składanych przez odwołującego pismach, jak również w odwołaniu co do powyższego jest wybiórcza i w zasadzie nie ma odniesienia do wszystkich elementów stanowiących podstawę wykluczenia. Wynika z powyższego wniosek, jaki również

w zakresie oceny ustalił zamawiający, to znaczy zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy. Należy podkreślić bowiem, że na moment składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, nie dość że została zawarta umowa przez PKP PLK S.A.

co prowadzi do jasnego wniosku, że oferta odwołującego została odrzucona w wyniku wykonania wyroku, to również skarga na orzeczenie Izby z 2024 roku została wycofana w dniu 25 lutego 2024 roku. Odwołujący pomijając w szczególności fakt wycofania skargi przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie jednocześnie złożył oświadczenie o braku dokonania przez zamawiającego PKP PLK S.A. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty w związku z wydanym orzeczeniem w sprawie sygn. akt KIO 3697/24. Bezsprzeczne było między stronami,

że na dzień składania ofert w tym postępowaniu o zamówienie tj. 28 lutego skarga na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 3697/24 została wycofana przez odwołującego w dniu 25 lutego 2024 roku, a postanowienie zostało wydane przez sąd w dniu 26 lutego 2025 roku.

Izba uznała, że ocena zamawiającego w przedmiocie przedstawienia przez odwołującego

w załączniku do JEDZ nieprawdziwej informacji w odniesieniu do czynności zamawiającego PKP PLK S.A. jest zasadna. Niewątpliwie działaniu odwołującego należy przypisać,

że obiektywnie przedstawił informację niezgodną z prawdą podając, że PKP PLK S.A.(...) *zamawiający do chwili obecnej nie dokonał wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty SAFEGE z tego tytułu.* Również z perspektywy ustaleń faktycznych podnoszone przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumentacja odnosząca się do kwestionowania orzeczenia w sprawie sygn. akt KIO 3697/24 jest niezgodna ze stanem faktycznym, bowiem postanowienie w sprawie umorzenia postępowania pod sygn. akt XXIII Zs 184/24 odwołującemu doręczono w dniu 12 marca br., a odwołanie w przedmiotowej sprawie zostało złożone w dniu 25 kwietnia 2025 roku. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego, takie przedstawienie zamawiającemu w ramach tego postępowania o zamówienie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia. Skoro 26 lutego br. sąd wydał postanowienie o umorzeniu postępowania skargowego, to składając ofertę, której termin złożenia był określony

na 28 lutego wykonawca powinien o tym fakcie zawiadomić zamawiającego, a z całą pewnością nie powinien przedstawiać informacji, że PKP PLK S.A.(...) *zamawiający do chwili obecnej nie dokonał wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty SAFEGE z tego tytułu.*”, ponieważ nie była ona zgodna ze stanem faktycznym.

Koszty

Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....