

Sygn. akt: KIO 2868/22

WYROK
z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę: **Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: WATERWORLD S. G., WATERWORLD M. G. Sp. k., ul. Grenady 9/38, 01-154 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2868/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: Lireco Tech Sp. z o.o., ul. Grochowa 10, 81-017 Gdynia na rzecz zamawiającego: Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Uniwersytet Mikołaja Kopernika z siedzibą w Toruniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) w przedmiocie: „Kompleksowe świadczenie usługi, polegającej na:

1) obsłudze technicznej: instalacji technologicznych basenów; instalacji technologicznych urządzeń wentylacyjnych hali basenowej, widowni, basenowych szatni i pomieszczeń technicznych, suszarek w szatniach; instalacji technologicznych łaźni parowej; instalacji technologicznych fontanny w Uniwersyteckim Centrum Sportowym UMK w Toruniu;

2) uzdatnianiu wody basenowej do wskaźników jakości wody zgodnych z obowiązującym podczas świadczenia usługi stanem prawnym, wraz z zakupem i sukcesywną dostawą chemii basenowej;

3) systematycznych i udokumentowanych badaniach jakości wody, prowadzonych zgodnie z zakresem i harmonogramem wynikającym z obowiązującego podczas świadczenia usługi stanu prawnego;

4) przeprowadzeniu i obsłudze przerwy technologicznej” w okresie od 1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2023 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00352430/01 z dnia 16 września 2022 roku.

Zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców że wybrano ofertę Konsorcjum firm: S. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą WATERWORLD S. G., WATERWORLD M. G. sp. komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Konsorcjum Waterworld”.

Wykonawca, Lireco Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, 2 oraz art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Waterworld z postępowania, pomimo ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, którego skutkiem winno być wykluczenie wykonawcy na okres 2 lat, w związku z czym nie mógłby przystąpić do przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp, poprzez niewykluczenie Konsorcjum Waterworld z postępowania, pomimo ziszczenia się przesłanek, tj. wprowadzenia

zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, którego skutkiem winno być wykluczenie wykonawcy na okres 2 lat, w związku z czym nie mógłby przystąpić do przedmiotowego zamówienia, a jego oferta nie zostałaaby wybrana w niniejszym postępowaniu;

2. art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak wykluczenia Konsorcjum Waterworld, pomimo zaistnienia okoliczności, na skutek których winien zostać wykluczony;

3. art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nieodrzuconie oferty Konsorcjum Waterworld, pomimo zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum Waterworld z postępowania, dokonania ponownej oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z procedurą oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum Waterworld, które powinno ulec wykluczeniu na okres 2 lat z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „*Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23*”, a tym samym niewybraniu oferty Odwołującego, Odwołujący poniósł szkodę. Odwołujący złożył w postępowaniu ważną ofertę, uzyskałby najkorzystniejszy bilans cenowy i uplasowałby się na pierwszej pozycji, gdyby Konsorcjum zostało wykluczone z postępowania. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie publiczne stanowiące przedmiot powyższego postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ust. 2 pkt. 4a informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (X), znajdującym się w Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pod nazwą ZP 2/2021 *Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23* „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. a) Wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 1 usługę o wartości minimum 400 000,00 zł brutto, której przedmiotem była obsługa techniczna krytej pływalni. Przez obsługę techniczną należy rozumieć co najmniej: obsługę instalacji wodno-kanalizacyjnych, elektrycznych, teletechnicznych, wentylacji, systemów grzewczych oraz technologii basenowej”.

Konsorcjum Waterworld złożyło ofertę w tym postępowaniu. Dnia 27 października 2021 roku na stronie internetowej opublikowano informację z otwarcia ofert oraz dane ze złożonych ofert dot. kryterium poza cenowego- ilości osób, które zostaną skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, posiadających co najmniej 2 letnie doświadczenie w obsłudze technologii basenowej.

Z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Waterworld była cenowo najkorzystniejsza zamawiający – Miasto Bydgoszcz w dniu 22 października 2021 roku wezwał Konsorcjum do przedłożenia dokumentów wymaganych SWZ mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum Waterworld w wyniku wezwania złożyło część dokumentów, jednak były one niepełne w wyniku czego zamawiający – Miasto Bydgoszcz w dniu 9 listopada 2021 roku wezwał Konsorcjum Waterworld na podstawie art. 128 ust 4 Pzp do złożenia wyjaśnień złożonych referencji (UMK Uniwersyteckie Centrum Sportowe) w zakresie doprecyzowania jakie instalacje teletechniczne były obsługiwane w ramach objętej referencjami obsługi.

Dnia 14 listopada 2021 roku Konsorcjum Waterworld skierowało do Miasta Bydgoszcz pismo, w którym wskazało, że „w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień z dnia 9 listopada 2021 roku w ramach postępowania o udzielenie zamówienie publiczne pn.: *„Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”*, numer nadany przez Zamawiającego: ZP 2/2021 wskazuje, że w zakresie doprecyzowania jakie instalacje teletechniczne były obsługiwane w ramach objętej referencjami obsługi, niniejszym wskazuję, że w ramach zamówienia objętego ww. referencjami realizowana była obsługa systemu BMS tj. systemu zarządzania systemami automatycznego sterowania w budynku, zwłaszcza budynku inteligentnego. Zadaniem automatyki BMS jest integrowanie instalacji występujących na obiekcie”.

W wyniku złożonych wyjaśnień, w szczególności w wyniku złożenia przez Konsorcjum Waterworld oświadczenia, że Konsorcjum realizowało w ramach prac wykonanych na rzecz UMK w Toruniu obsługę systemu BMS zamawiający – Miasto Bydgoszcz uznał ofertę tego wykonawcy za spełniającą warunki udziału w postępowaniu, a tym samym w dniu 15 listopada 2021 roku zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą była oferta Konsorcjum Waterworld.

Odwołujący do lipca 2022 roku nie posiadał informacji o fakcie złożenia przez Konsorcjum Waterworld poświadczającego nieprawdę pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia publicznego. Dopiero w wyniku skierowania wniosku o dostęp do informacji publicznej z dnia 4 lipca 2022 roku Odwołujący otrzymał od Uniwersyteckiego Centrum Sportowego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu następujące odpowiedzi:

1. Czy obsługa/ serwis/ konserwacja systemu BMS jest realizowana przez pracowników własnych zatrudnionych przez UMK lub UCS?

Realizacją zadań dot. BMS zajmują się pracownicy UMK.

2. Czy w ramach innych umów związanych z obsługą/ serwisem/konserwacją w budynku Uniwersyteckiego Centrum Sportowego UMK realizowane są usługi związane z obsługą /serwisem/ konserwacją systemu BMS. Jeśli tak uprzejmie proszę o udostępnienie tych umów.

Uniwersyteckie Centrum Sportowe nie posiada umów dla BMS.

Powyższe odpowiedzi udzielone przez Uniwersyteckie Centrum Sportowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika dowodzą wprost, że Konsorcjum Waterworld w dniu 9 listopada 2021 roku złożyło oświadczenie nieprawdziwe, wprowadzając tym samym zamawiającego – Miasto Bydgoszcz w błąd – dzięki czemu Konsorcjum Waterworld uzyskało zamówienie. W ocenie Odwoływającego, Konsorcjum Waterworld nie spełniło ww. warunku, koniecznego do spełnienia w celu udziału w postępowaniu. Informacja o obsługiwanych instalacjach nie była zgodna z rzeczywistym zakresem usługi, którą świadczyło Konsorcjum Waterworld. Usługa ta bowiem nie obejmowała obsługi instalacji technicznych krytej pływalni, lecz instalacje technologiczne basenu oraz urządzenia wentylacji pomieszczeń hali basenowej i przynależnych do niej pomieszczeń.

Dnia 5 października 2022 r. Odwoływający poinformował Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o zaistnieniu podstawy do wykluczenia Konsorcjum Waterworld na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Wskutek złożonego zawiadomienia dnia 10 października 2022 roku pracownik Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu skierował do Konsorcjum Waterworld wiadomość mailową z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących zawiadomienia.

W piśmie z dnia 12 października 2022 roku Konsorcjum Waterworld złożyło wyjaśnienia, w których wskazano, że przedstawione zarzuty są całkowicie bezpodstawne, a Miasto Bydgoszcz nie stwierdziło aby doszło do podania przez Konsorcjum Waterworld informacji wprowadzających w błąd. Jednakże, wbrew twierdzeniom Konsorcjum Waterworld, Odwoływający stoi na stanowisku, że Konsorcjum Waterworld nie ustosunkowało się w żaden sposób do kwestii wykonywania systemu BMS, które były kluczowe w zaistniałym stanie faktycznym.

Co więcej, Konsorcjum Waterworld w piśmie z dnia 12 października 2022 roku podnosi, że Odwoływający w uprzednio toczącym się postępowaniu (ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”) nie złożył odwołania wobec wprowadzenia zamawiającego – Miasta Bydgoszcz w błąd co do spełnienia warunków udziału w ww. postępowaniu ani wobec braku spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Jednak Odwoływający wskazuje, że wiedzę o

wprowadzeniu zamawiającego w błąd powziął dopiero w lipcu 2022 roku, w związku z czym złożenie odwołania byłoby spóźnione.

W ocenie Odwołującego, wykluczenie Konsorcjum Waterworld w niniejszym postępowaniu powinno nastąpić, z uwagi na okoliczności wskazane powyżej, zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp. W literaturze ponosi się, że wskazując fakultatywne przesłanki wykluczenia, zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 109).

Zaistniałe w niniejszym stanie faktycznym naruszenie z pewnością nie należy do drobnych, bowiem gdyby Konsorcjum nie poświadczyło nieprawdy, nie uzyskałoby zamówienia – zarówno poprzedniego, jak i niniejszego zamówienia.

Dokonując wykładni art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt. 5 Pzp, w pierwszej kolejności powinno posłużyć się wykładnią racjonalną czy też celowościową, bowiem przepis ten ma chronić uczciwych wykonawców przed tymi nierzetelnymi, którzy w sposób świadomy naruszają przepisy ustawy Pzp, a jednocześnie zabezpieczać interes podmiotów publicznych przed niełojalnymi przedsiębiorcami. Gdyby uznać w ślad za Konsorcjum Waterworld, że aby sankcja wykluczenia odniosła skutek na przyszłość, to w danym postępowaniu (w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz) zamawiający musiałby najpierw dokonać czynności wykluczenia wykonawcy, mogłoby dochodzić do kuriozalnych sytuacji, w których – jak w niniejszym przypadku – nierzetelni wykonawcy, poświadczaliby nieprawdę, celowo wprowadzając zamawiającego w błąd, w celu otrzymania zamówienia i do momentu wykrycia tego faktu nie ponosiliby żadnych negatywnych konsekwencji. Sytuacja taka w świetle przepisów ustawy Pzp wydaje się być niedopuszczalna. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do dowolnego wyboru wykonawcy w przypadku ogłoszenia o zamówieniu.

Zdaniem Odwołującego, w przedstawionym stanie faktycznym zaszły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, skutkiem czego Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum, gdyż od zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia nie upłynął okres 2 lat (art. 111 pkt 5 Pzp). Wobec wprowadzenia zamawiającego - Miasto Bydgoszcz w błąd Konsorcjum winno zostać wykluczone w postępowaniu ZP 2/2021 „*Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23*”, a wobec czego nie uzyskałoby przedmiotowego zamówienia, bowiem zamawiający odrzuciłby ofertę Konsorcjum Waterworld na etapie oceny ofert.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, może być zastosowany

wyłącznie wówczas, jeżeli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Sformułowanie „zamierzone działanie” wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków prawnych (Wyrok KIO z 1.02.2019 r., KIO 45/19; wyrok KIO z 16.01.2019 r., KIO 34/19). W zaistniałym stanie faktycznym wątpliwości nie powinien budzić

fakt, że Konsorcjum Waterworld z pełną świadomością i premedytacją wprowadziło zamawiającego – Miasto Bydgoszcz w błąd, w związku z czym winno ponieść z tego tytułu odpowiedzialność.

W ocenie Odwołującego, nie można uznać, że aby sankcja wykluczenia mogła być zastosowana w niniejszym postępowaniu Konsorcjum Waterworld musiałyby być wykluczone uprzednio przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Nie można zgodzić się z stanowiskiem zaprezentowanym w wyroku KIO z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt: 3315/21 przywołanym przez Konsorcjum Waterworld w wyjaśnieniach do Zamawiającego. Przepis art. 111 pkt 5) i 6) stanowi o zaistnieniu zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia. Przedmiotowy przepis nie wskazuje, iż musiało takie wykluczenie nastąpić, a jedynie musiało nastąpić zdarzenie dające podstawę do wykluczenia. W przypadku złożenia przez Konsorcjum Waterworld oświadczenia świadomie wprowadzającego w błąd w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz, co w niniejszej sprawie nie budzi żadnych wątpliwości, powinna być zastosowana sankcja wykluczenia z niniejszego postępowania. W razie przyjęcia odmiennej wykładni ww. przepisu, wprowadzenie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne w błąd zamawiającego, mogłoby pozostać bez jakiegokolwiek sankcji w wielu przypadkach w stosunku do takich wykonawców, gdyż inni uczestnicy postępowania mogliby nie uzyskać dowodów złożenia oświadczeń wprowadzających w błąd zamawiającego w terminie na wniesienie odwołania do KIO, jak to miało miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz. Tym samym, przepis ten nie spełniałby również roli jaką chciał mu również nadać ustawodawca, tj. roli prewencyjnej, nadto byłby przepisem martwym. Jest to tym bardziej oczywiste w niniejszym przypadku, gdyż Zamawiający - UMK Uniwersyteckie Centrum Sportowe - jest w stanie w sposób bezsprzeczny stwierdzić, iż Konsorcjum Waterworld w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz w wyniku zamierzonego działania wprowadziło tego zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co wynika z faktu, że oświadczyło nieprawdę co do zakresu usług świadczonych na rzecz Zamawiającego.

Konsekwencją działania Zamawiającego, wyrażającego się w niewykluczeniu Konsorcjum Waterworld z przedmiotowego postępowania, było wybranie oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w związku z czym należy uznać, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby Zamawiający w sposób należyty wyjaśnił okoliczności, do których Konsorcjum Waterworld nie ustosunkowało się w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2022 roku, to Konsorcjum zostałoby wykluczone z postępowania, a oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Celem postępowania jest bowiem wyłonienie wykonawcy i udzielenie zamówienia publicznego każdemu z wykonawców, który ma możliwość zrealizowania danego zamówienia z jednoczesnym uwzględnieniem stosownych przepisów ustawy. Przejawem dyskryminacji bez wątpienia jest każda czynność Zamawiającego niezgodna z ustawą Pzp, w szczególności utrudniająca wykonawcom uzyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący załączył do odwołania: Specyfikację warunków zamówienia (SWZ) w postępowaniu pod nazwą ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”; wezwanie z dnia 29 października 2021 roku; wezwanie z dnia 9 listopada 2021 roku; odpowiedź na wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień z dnia 14 listopada 2021 roku; informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 listopada 2021 roku, korespondencję email z Uniwersytetem Mikołaja Kopernika, pismo do zamawiającego z 05.10.2022 r., wiadomość mailową z dnia 10 października 2022 roku; wyjaśnienia wykonawcy z dnia 12 października 2022 roku.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: WATERWORLD S. G., WATERWORLD M. G. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 14 listopada 2022 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Wniósł o:

- a. odrzucenie na posiedzeniu niejawnym odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie Pzp,
- b. w przypadku nie podzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku z lit. a) – o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji,
- c. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Przystępujący wskazał, że w postępowaniu nr ZP 2/2021 złożenie odwołania było dopuszczalne najpóźniej w terminie 10 dni od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. do dnia 25.11.2021 r. oraz przeciwko zamawiającemu w ww. postępowaniu tj.

Miastu Bydgoszcz. Odwołanie złożone w przedmiotowej sprawie w dniu 31.10.2022 r., przeciwko Zamawiającemu (UMK) należy uznać za spóźnione, jak również złożone przeciwko podmiotowi nie posiadającemu legitymacji do rozstrzygnięcia o zaistnieniu podstaw wykluczenia Przystępującego w postępowaniu nr ZP 212021. Przystępujący wskazał, że zasadność wniosku o odrzucenie odwołania uzasadnia również argumentacja podniesiona w dalszej treści nn. pisma.

Natomiast w przypadku uznania przez Izbę, że w okolicznościach sprawy nie występują przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Przystępujący podkreślił, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP 212021 zakończonego 15.11.2021 r. nie doszło do stwierdzenia, że wobec Przystępującego zaistniały jakiegokolwiek podstawy wykluczenia z postępowania. Wystąpienia podstaw wykluczenia Przystępującego podnosił w odpowiednim terminie sam Odwołujący, który również był uczestnikiem postępowania nr ZP 212021. Miasto Bydgoszcz dokonało w postępowaniu nr ZP 212021 wyboru oferty Przystępującego i zawarło z nim umowę na realizację zamówienia publicznego.

Przystępujący odwołał się do uzasadnienia wyroku KIO z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3315/21 oraz z dnia z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1185/22, podczas gdy Odwołujący niezasadnie marginalizuje kwestię konieczności uprzedniego dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp aby doszło do rozpoczęcia 2-letniego okresu wykluczenia na powyższej podstawie prawnej. Tymczasem powyższa kwestia ma kluczowe znaczenie dla możliwości wykluczenia wykonawcy w dalszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, jak Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła w cytowanym powyżej wyroku o sygn. akt: KIO 3315/21: „Należy przypomnieć, że przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako nomy o charakterze sankcyjnym, podlegają wykładni ściślejszej i nie mogą być rozszerzane na stany faktyczne, których norma nie wymienia.”. Przepis art. 111 ust. 5 Pzp wskazuje, że w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, do wykluczenia dochodzi na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Jak podkreśla się w doktrynie (m.in. Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz art. 109 Pzp), badanie przesłanki wykluczenia dokonywane jest w ramach aktualnie prowadzonego postępowania, a stwierdzenie wstąpienia podstawy wykluczenia ma skutek w obecnym postępowaniu oraz na przyszłość, W konsekwencji niedopuszczalne będzie dokonanie badania wystąpienia przesłanki wykluczenia i odnoszenia jej skutków z mocą wsteczną, jak stara się niezasadnie wywodzić Odwołujący.

Powołana przez Odwołującego okoliczność, że dopiero w dniu 04.07.2022 r. skierował do Zamawiającego wniosek o udzielenie informacji publicznej, jedynie potwierdza, że zarzuty odwołania zostały podniesione po terminie. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący, jako wykonawca i profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego winien działać z należytą starannością. Odwołujący miał możliwość uzyskania informacji objętych wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej dużo wcześniej m.in. już w momencie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w postępowaniu ZP 2/2021 prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz, co miało miejsce 15.11.2021 r., co pozwoliłoby na kwestionowanie postawionych okoliczności już w ramach postępowania prowadzonego przez Miasto Bydgoszcz. Odwołujący zwlekał z wystąpieniem o ww. informację aż do lipca 2022 r, Ponieważ uzyskanie wskazanych przez Odwołującego informacji było możliwe już 15.11.2021 r., zarzuty odwołania tym bardziej należy uznać za spóźnione.

Przystępujący wskazał, że pytania objęte wnioskiem o udzielenie informacji z dnia 04.07.2022 r. oraz odpowiedzi na powyższe pytania z dnia 05.07.2022 r. nie potwierdzają, aby w postępowaniu nr ZP 2/2021 doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego Miasto Bydgoszcz w zakresie spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w ww. postępowaniu.

Pytania postawione we wniosku z dnia 04.07.2022 r. mają charakter ogólny, odnoszący się do obsługi systemu BMS przez pracowników Zamawiającego oraz zawarcia przez Zamawiającego umów na obsługę systemu BMS. Pytania nie odnoszą się ani do kwestii obsługi systemu BMS przez wykonawców świadczących usługi obsługi technicznej obiektów Zamawiającego, ani do okoliczności realizacji takiej obsługi systemu w ramach konkretnego zamówienia na realizację obsługi technicznej obiektów Zamawiającego.

Na podstawie nieprawidłowo sprecyzowanych pytań Odwołujący uzyskał 05.07.2022 r. odpowiedzi nie odnoszące się do okoliczności usług objętych referencjami przedstawionymi w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz, przez co nie sposób z powyższych odpowiedzi wywodzić faktu braku realizacji przez Przystępującego obsługi systemu BMS w ramach usługi obsługi technicznej powołanej w celu wykazania spełnienia warunku udziału w ramach postępowania ZP 2/2021. Za tym bardziej nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, aby odpowiedzi z dnia 05.07.2022 r. potwierdzały wprowadzenie zamawiającego Miasto Bydgoszcz w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu ZP 2/2021 przez Przystępującego.

Przystępujący podtrzymał twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach z dnia 12.10.2022 r., odnośnie przebiegu realizacji obsługi systemu BMS w ramach obsługi technicznej obiektów Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że przypadku, gdyby zachodziły wątpliwości co do realizacji obsługi systemu BMS w ramach obsługi technicznej obiektów Zamawiającego, zarówno zamawiający Miasto Bydgoszcz, jak i Zamawiający w

przedmiotowym postępowaniu nie dokonaliby wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Ponadto, Zamawiający nie kwestionował zakresu czynności składających się na obsługę systemu BMS wskazanych w ramach wyjaśnień z dnia 12.10.2022 r.

Przystępujący podkreślił, że informacje podane w wyjaśnieniach nie powodowały wprowadzenia w błąd zamawiającego. Przytoczone powyżej okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że nawet gdyby do takiego wprowadzenia w błąd mogło dojść (czemu Przystępujący stanowczo zaprzecza) to działaniom Przystępującego w żadnym wypadku nie sposób przypisać umyślności lub nieumyślności, z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. Do podania informacji wprowadzających w błąd nie mogło dojść tym bardziej, że w ramach postępowania ZP 2/2021 dołączono drugie referencje, które również potwierdzały wszystkie elementy warunku udziału, w tym doświadczenie przy obsłudze teletechnicznej.

W okolicznościach sprawy nie ma podstaw do stwierdzenia, aby Przystępujący podlegał sankcji wykluczenia na podstawie art. 109 ust. pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp w aktualnym postępowaniu.

Zarzuty rzekomego naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp stanowią zarzuty wtórne względem zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp, w związku z czym również powinny podlegać oddaleniu.

Zamawiający, pismem z dnia 14 listopada 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z rozdziałem XV pkt. 2 SWZ jako podstawy wykluczenia wskazał m.in. fakultatywne przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący na etapie oceny ofert poinformował Zamawiającego o występowaniu okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na ziszczenie się podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp. W związku z przekazaniem powyższych informacji Zamawiający pismem z dnia 10 października 2022 r. skierował do Przystępującego wiadomość mailową z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących zawiadomienia. Pismem z dnia 12 października 2022r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazano, że zamawiający – Miasto Bydgoszcz nie stwierdził, aby Konsorcjum wprowadziło zamawiającego w błąd, co skutkowało wyborem oferty Przystępującego i udzieleniem mu zamówienia publicznego w postępowaniu nr ZP 2/2021. Powyższe wyjaśnienia zostały dodatkowo zweryfikowane przez Zamawiającego w oparciu o informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 listopada 2021r. i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr ZP 2/2021, Dz. U./S S35 18/02/2022 90146-2022-PL (w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:901462022:TEXT:PL:HTML>), z

których jednoznacznie wynika, że zamawiający – Miasto Bydgoszcz udzielił zamówienia Konsorcjum, a co za tym idzie – nie stwierdził ziszczenia się przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum, w szczególności nie stwierdził wystąpienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, brak było podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Waterworld z uwagi na ziszczenie się podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt. 5 Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, że przesłanki wykluczenia określone w art. 108 i 109 Pzp powinny być interpretowane wąsko z uwagi na swój eliminacyjny charakter. Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Literalna wykładnia w/w przepisu uzasadnia wyprowadzenie wniosku, że zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenia zamówienia w przypadku wprowadzenia fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania zobowiązany jest do zbadania, czy zaistniały przesłanki do stwierdzenia okoliczności wprowadzenia zamawiającego w błąd. Treść powyższego przepisu w sposób jednoznaczny wskazuje, że badaniu przez zamawiającego podlegają okoliczności zaistniałe w danym, prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniu. W sytuacji, w której zamawiający stwierdza, że oferent na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji wpływających na decyzję zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z postępowania. Konsekwencją takiej decyzji jest to, że wykluczony w danym postępowaniu wykonawca podlega także wykluczeniu z udziału w kolejnych postępowaniach przez okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 5 Pzp).

Zamawiający stoi na stanowisku, że wykładnia art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp w sposób przedstawiony przez Odwołującego, tj. w sposób dopuszczający podejmowanie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie zdarzeń mających miejsce w innym postępowaniu, w którym nie stwierdzono wprowadzenia zamawiającego w błąd, byłaby wykładnią *contra legem*, sprzeczną nie tylko z literą ww. przepisów, ale również z ich celem (por. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2022r., KIO 1457/22). Za zasadnością takiej wykładni przemawia pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, w którym Sąd odnosząc się do analogicznej argumentacji wykonawcy przyjął, że cyt. „Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp, z powołaniem się na okoliczność

zawarcia nielegalnego porozumienia w toku postępowania przetargowego, może być podniesiony i stwierdzony tylko w toku tego postępowania, które objęte zostało nielegalnym porozumieniem. Dopiero w sytuacji spełnienia tych przesłanek możliwe jest powoływanie się przez wykonawców na przesłanki wykluczenia konkurującego wykonawcy w bieżącym postępowaniu (...) Należy zaś przypomnieć, że uregulowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy nPzp przesłanka wykluczenia z postępowania, znajduje zastosowanie, jeżeli zamawiający prowadzący dane postępowanie, jest w stanie stwierdzić, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w tym postępowaniu, zawarli nielegalne porozumienie, mające na celu zakłócenie konkurencji w tym postępowaniu (...) W świetle art. 111 pkt 4 ustawy nPzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp, dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp powołując się na okoliczność zawarcia przez niego z innym wykonawcą nielegalnego porozumienia w toku tego postępowania, aktualizuje się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy nPzp". Analogicznie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 156/22.

W ocenie Zamawiającego, powyższa wykładnia znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie. Dla prawidłowej wykładni zależności między sankcją przewidzianą w art. 111 Pzp, a podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania określonymi w art. 108 i 109 Pzp irrelevantna jest okoliczność, czy wykluczenie nastąpiło na podstawie obligatoryjnej czy też fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania. Ustawodawca pozostawił do decyzji zamawiającego, czy chce dodatkowo zbadać sytuację podmiotową wykonawców w danym postępowaniu w określonym zakresie przy jednoczesnym uwzględnieniu zasady proporcjonalności z art. 16 Pzp. Tym samym to zamawiający prowadzący dane postępowanie legitymowany jest do określenia w granicach obowiązujących przepisów prawa, czy wprowadzenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawców jest adekwatne i proporcjonalne do prowadzonego przez niego postępowania. W konsekwencji, żaden inny zamawiający nie jest uprawniony do oceny zasadności decyzji w zakresie przyjęcia fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez danego zamawiającego, a tym bardziej do oceny, czy zostały zniszczone przesłanki wykluczenia z postępowania niezastrzeżone przez zamawiającego na gruncie innego postępowania. W związku z czym bez znaczenia dla stwierdzenia zniszczenia się przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy dotyczącej wprowadzenia zamawiającego w błąd pozostaje okoliczność, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz nie została przewidziana

podstawa wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8. Jak to już zostało wskazane, warunkiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 111 pkt 5 Pzp przez Zamawiającego z postępowania 90DZP.261.101.2022 jako konsekwencji wprowadzenia zamawiającego - Miasta Bydgoszcz w błąd jest stwierdzenie przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz, że taka okoliczność miała miejsce, co musi znaleźć odzwierciedlenie w decyzji o wykluczeniu takiego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3315/21.

Zamawiający w toku niniejszego postępowania zbadał, czy wobec Konsorcjum Waterworld zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy, których wystąpienia nie stwierdzono. W wyjaśnieniach z dnia 12 października 2022r. Konsorcjum Waterworld wykazało, że nie zostało wykluczone z postępowania nr ZP 2/2021 prowadzonego przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz, co Zamawiający zweryfikował w oparciu o informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z tego postępowania.

Mając na uwadze okoliczność, że Konsorcjum Waterworld nie zostało wykluczone z postępowania nr ZP 2/2021 prowadzonego przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz, brak było podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum Waterworld wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie istnienia podstaw wykluczenia Konsorcjum z postępowania 90DZP.261.101.2022, co w konsekwencji nie dało Zamawiającemu podstaw do wykluczenia Konsorcjum Waterworld na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: WATERWORLD S. G., WATERWORLD M. G. Sp. k. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Przystępujący wniósł o odrzucenie na posiedzeniu niejawnym odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Przystępujący podniósł, że złożenie odwołania było dopuszczalne najpóźniej w terminie 10 dni od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nr ZP 2/2021 prowadzonym przez Miasto Bydgoszcz tj. do dnia 25.11.2021 r. oraz przeciwko zamawiającemu w ww. postępowaniu tj. Miastu Bydgoszcz. Odwołanie złożone w przedmiotowej sprawie w dniu 31.10.2022 r., przeciwko Zamawiającemu (UMK) należy uznać zatem za spóźnione, jak również złożone przeciwko podmiotowi nie posiadającemu legitymacji do rozstrzygnięcia o zaistnieniu podstaw wykluczenia Przystępującego w postępowaniu nr ZP 2/2021. Przystępujący wskazał przy tym, że zasadność wniosku o odrzucenie odwołania uzasadnia również argumentacja podniesiona w dalszej treści niniejszego pisma procesowego.

Izba nie uwzględniła powyższego wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania. Kluczowe w niniejszej sprawie jest to, że odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Waterworld w tym postępowaniu. Podkreślenia wymaga fakt, że badanie przesłanki wykluczenia wykonawcy dokonywane jest w ramach danego postępowania.

W powyższym zakresie odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym, który należy liczyć od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Nie ma podstaw do uznania, że niniejsze odwołanie jest wnoszone wobec zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum Waterworld z postępowania ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, prowadzonego przez Miasto Bydgoszcz.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, objęte odwołaniem, niezależnie od słuszności podnoszonych argumentów faktycznych i prawnych, podlegają rozpoznaniu na rozprawie, gdyż odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Waterworld z postępowania. W konsekwencji nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w wyniku nie wykluczenia Konsorcjum Waterworld, pomimo zaistnienia okoliczności, na skutek których

winno zostać wykluczone oraz art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Waterworld pomimo zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp. W rozdziale XV pkt. 2 SWZ Zamawiający postanowił: „Zamawiający dodatkowo przewiduje wykluczenie Wykonawcy:

1) *w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury - art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp;*

2) *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 - art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp;*

3) *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. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.*”.

Odwołujący zarzucał, że Zamawiający, wbrew przepisom ustawy Pzp, nie wykluczył Konsorcjum Waterworld z przedmiotowego postępowania, pomimo ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, którego skutkiem winno być wykluczenie wykonawcy na okres 2 lat, w związku z czym nie mógłby przystąpić do przedmiotowego zamówienia, a jego oferta nie zostałaby wybrana w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, ziszczyły się przesłanki, których skutkiem winno być wykluczenie Konsorcjum Waterworld z przedmiotowego postępowania, z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”.

Odwołujący podnosił również, że w danym stanie faktycznym zaszyły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, skutkiem czego Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum Waterworld, gdyż od zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia nie upłynął okres 2 lat (art. 111 pkt 5 Pzp). Jednocześnie w sposób niespójny z powyższym stanowiskiem, uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący wyjaśnił, że

„w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum Waterworld, które powinno ulec wykluczeniu na okres 2 lat z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w postępowaniu ZP 2/2021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, a tym samym niewybraniu oferty Odwołującego, Odwołujący poniósł szkodę.”

Powyższe wskazuje, że Odwołujący próbuje powiązać zdarzenie, które mogło mieć miejsce w innym postępowaniu prowadzonym rok wcześniej przez innego zamawiającego, z podstawą do wykluczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ od tamtego zdarzenia nie upłynęły dwa lata, co miałyby uprawniać Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu do oceny tamtego zdarzenia pod kątem ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w tamtym postępowaniu, ze skutkiem wykluczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone przez zamawiającego Miasto Bydgoszcz nr ZP 212021 „Obsługa techniczna Centrum Rekreacji Astoria położonego w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23”, zostało rozstrzygnięte w dniu 15.11.2021 r. wyborem jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego - Konsorcjum Waterworld, z którym została zawarta umowa na realizację ww. zamówienia.

W postępowaniu nr ZP 2/2021 zamawiający Miasto Bydgoszcz nie przewidział przesłanek fakultatywnych wykluczenia wykonawców z postępowania, zatem zaistnienie takich przesłanek nie podlegało badaniu w ww. postępowaniu. Konsorcjum Waterworld nie zostało wykluczone z tego postępowania, gdyż nie doszło do stwierdzenia, że wobec Przystępującego zaistniały jakiegokolwiek podstawy wykluczenia z postępowania.

W niniejszej sprawie kluczową do rozstrzygnięcia jest, kwestia czy w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Waterworld podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Zgodnie z tym przepisem, zamawiający, w przypadku wprowadzenia w danym postępowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania, ma obowiązek zbadania, czy zaistniały przesłanki do stwierdzenia okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Treść powyższego przepisu jednoznacznie wskazuje, że badaniu podlegają okoliczności zaistniałe w danym, prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniu. W sytuacji, w której zamawiający stwierdza, że wykonawca na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji wpływających na decyzję zamawiającego, Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z danego postępowania.

Konsekwencją wykluczenia wykonawcy w danym postępowaniu, zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp, jest to, że wykonawca taki podlega także wykluczeniu z udziału w kolejnych postępowaniach przez okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby przepisy art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp dopuszczały podejmowanie decyzji o wykluczeniu wykonawcy przez zamawiającego z prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie zdarzeń (przesłanek wykluczenia), które wystąpiły w innym postępowaniu, w którym inny zamawiający nie stwierdził wprowadzenia go w błąd ani nie wykluczył tego wykonawcy z postępowania.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, wskazał w odniesieniu do innej przesłanki fakultatywnej m.in. że *„Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp, z powołaniem się na okoliczność zawarcia nielegalnego porozumienia w toku postępowania przetargowego, może być podniesiony i stwierdzony tylko w toku tego postępowania, które objęte zostało nielegalnym porozumieniem. (...) W świetle art. 111 pkt 4 ustawy nPzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp, dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp powołując się na okoliczność zawarcia przez niego z innym wykonawcą nielegalnego porozumienia w toku tego postępowania, aktualizuje się przesłanka wykluczenia z art. 111 pkt 4 ustawy nPzp. Dopiero prawomocna decyzja zamawiającego w tym zakresie oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez okres 3 lat i w tej sytuacji znajduje zastosowanie art. 111 pkt 4 ustawy nPzp.”* Analogicznie orzekł również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 4 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 156/22.

Izba w całości podziela powyższy pogląd. Wskazana przez Sąd Okręgowy w Warszawie wykładnia art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp w pełni znajduje zastosowanie w odniesieniu do zarzutu zaistnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp, a tym samym w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że badanie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania dokonywane jest przez zamawiającego w ramach danego postępowania. Stwierdzenie, że wystąpiła podstawa do wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109

ust. 1 pkt 8 Pzp, skutkuje wykluczeniem tego wykonawcy z danego postępowania oraz zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp ma skutek na przyszłość, tj. w okresie 2 lat, który to okres jest liczony od dnia wystąpienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Żaden inny zamawiający nie jest uprawniony do oceny zasadności decyzji drugiego zamawiającego podejmowanych w prowadzonym przez niego postępowaniu, w tym m.in. zakresie zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawców.

Zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp, aby sankcja wykluczenia odniosła skutek na przyszłość, to w danym postępowaniu zamawiający musi dokonać czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Niedopuszczalne jest zatem wykluczenie wykonawcy w danym postępowaniu z uwagi na wystąpienie zdarzenia, które mogło by być podstawą wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu, w którym to wykonawca ten nie został jednak wykluczony.

Podkreślić należy, że przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako nomy o charakterze sankcyjnym, eliminującym wykonawców z postępowania, podlegają wykładni ściślejszej i nie mogą być rozszerzane na inne stany faktyczne, niż wymienione w przepisach ustawy.

W okolicznościach tej sprawy nie wystąpiła przesłanka do wykluczenia Konsorcjum Waterworld na podstawie art. 109 ust. pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie podnosił zarzutu, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu został wprowadzony w błąd przez Przystępującego, co powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Waterworld na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający, w oparciu o informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 listopada 2021r. i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr ZP 2/2021, Dz. U./S S35 18/02/2022 90146-2022-PL, prawidłowo dokonał weryfikacji okoliczności, że zamawiający – Miasto Bydgoszcz udzielił ww. zamówienia Konsorcjum Waterworld, a tym samym nie stwierdził wystąpienia w tamtym postępowaniu przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Na marginesie tylko należy wskazać, gdyż zarzut w tym zakresie nie był zawarty w odwołaniu, że mając na uwadze okoliczność, iż Konsorcjum Waterworld nie zostało wykluczone z postępowania nr ZP 2/2021 prowadzonego przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz, brak było również podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum Waterworld wprowadziło Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w błąd w zakresie wystąpienia podstaw wykluczenia Konsorcjum z tego postępowania (90DZP.261.101.2022).

W świetle powyższego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Waterworld z uwagi na ziszczenie się w przedmiotowym postępowaniu podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 111 pkt. 5 Pzp. Zarzuty

naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) Pzp jako zarzuty wtórne względem zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp, również podlegały oddaleniu, jako nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: