

Sygn. akt: KIO 1564/18

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński
Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek
Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę

Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa,**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **Stadler Polska Sp. z o.o., SOLARIS Bus & Coach S.A., SOLARIS Tram Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce,**
2. wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz,**
3. wykonawcy **Skoda Transportstion a.s., Emila Skody 2922/1, 301-00 Pilzno,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie unieważnienia postępowania i czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do,**

Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong,**

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone,

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong,** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa,** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1564/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczlónowych, całkowicie niskopodłogowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 027-048251.

W dniu 6 sierpnia 2018 r. wykonawca Hyundai Rotem Company, Gyeongsangnam-do, Changwon-si, Euichang-gu, 488 Changwodaero, 51407 Daewon-dong (dalej jako Odwołujący lub Hyundai) wniósł odwołanie od czynności wadliwego badania i oceny złożonej oferty i w rezultacie wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, zaniechania oceny zastosowanej przez Odwołującego procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i uznania na zasadzie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, że nie podlega on wykluczeniu, jak również od czynności wadliwego, bezzasadnego unieważnienia postępowania oraz zaniechania przyznania najwyższej oceny ofercie złożonej przez Odwołującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przedstawienia dostatecznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, a jednocześnie umotywowanie swych czynności poprzez blankietowe odwołanie się do stanowiska prawnego wyrażonego w opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 lipca 2018 roku, znak: UZP/DP/026/577(5)/18/MO (dalej: „Opinia UZP”);
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego, podczas gdy ograniczenie nałożone będące konsekwencją zdarzenia, do którego odnosi się Zamawiający w informacji o wykluczeniu, nie stanowi środka zapobiegawczego, o którym mowa art. 24 ust. 1 pkt 22

ustawy Pzp, zdarzenie oraz wszelkie związane z nim okoliczności nie wypełniają przesłanek umożliwiających orzeczenie środka zapobiegawczego, o którym mowa w art. 26a ust. 1 ustawy z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej: „UOPZ”), co w konsekwencji spowodowało naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa Klasyczna”) - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Ograniczenie nie jest zakazem obowiązującym w Polsce, a co za tym idzie - nie może stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania;
4. art. 24 ust. 8 PZP w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie oceny i uznania za wystarczające dowodów potwierdzających przeprowadzenie przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia w odniesieniu do zdarzenia, podczas gdy winno ono zostać zakwalifikowane jako poważne naruszenie zawodowe, to działania naprawcze udokumentowane przez Odwołującego i potwierdzające te działania dowody z całą pewnością pozwalały na uznanie ich za wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp;
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta odpowiadała warunkom SIWZ, brak było podstaw do jej odrzucenia i stanowiła ofertę najkorzystniejszą;
6. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania, pomimo iż Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w kwocie 2.323.057.581 złotych brutto.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
3. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą;
4. nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny oferty Odwołującego z zastosowaniem procedury określonej w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Podstawy faktyczne i prawne odwołania.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.05.2018 r., złożył m.in. Załącznik nr 18 do JEDZ wraz z załącznikami w celu powiadomienia Zamawiającego o ograniczeniu – zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne. Pismem z dnia 2.07.2018 r. Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o wydanie opinii prawnej do Prezesa UZP w zakresie wykładni art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp.

Odwołujący informuje, że w oparciu o Opinię UZP, Zamawiający powiadomił pismem wykonawców o wykluczeniu go z postępowania ze względu na ograniczenie oraz o odrzuceniu jego oferty, pozostawieniu w mocy czynności opisanych w piśmie z dnia 11 sierpnia 2017 roku oraz w piśmie z dnia 16 marca 2018 roku, co w konsekwencji skłoniło Zamawiającego do unieważnienia Postępowania. W przekonaniu Odwołującego brak było podstaw prawnych, jak i faktycznych uzasadniających wykluczenie odwołującego ze względu na ww. ograniczenie, a także fakt, iż Zamawiający oparł się na nierzetelnej Opinii UZP, co w konsekwencji spowodowało, iż czynność wykluczenia Odwołującego, pozbawiona jest rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący informuje, że w ww. opinii UZP stwierdzono, iż *„odnosząc się natomiast do wątpliwości związanych z interpretacją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy PZP, wyjaśnić należy, iż przepis ten ma zastosowanie w odniesieniu do każdego wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy PZP, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy środek taki orzeczony został na podstawie polskiego czy obcego prawa”*. Odwołujący wywodzi, że opinia Prezesa UZP nie spełnia wymagań określonych w art. 154c ustawy Pzp, bowiem nie przedstawiono w niej jakiegokolwiek wykładni prawnej art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, nie powołano na jakiegokolwiek orzeczenie KIO, sądu powszechnego, czy też Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ponadto nie zawiera ona opisu zagadnienia prawnego, w szczególności w aspekcie nowelizacji art. 24 ustawy Pzp. Podnosi, że nie wiadomo, z czego wynika powyżej przytoczony wniosek Prezesa UZP. Zdaniem Odwołującego opinia UZP nie mogła więc rozwiązać wątpliwości Zamawiającego w zakresie wpływu orzeczonego wobec wykonawcy ograniczenia na możliwość zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że stanowisko Prezesa UZP w zakresie stosowania art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp jest bardzo ogólne i ze względu na brak analizy dotyczącej poruszonego w nim zagadnienia, budzi zasadnicze wątpliwości i jest nieprzekonujące. Podnosi, że nie każdy zakaz ubiegania się o udzielnie zamówienia

publicznego orzeczonego na zasadzie prawa obcego jest relewantny z punktu widzenia polskiego systemu prawnego i winien stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosi, że niezależnie od powyższego, jak wskazano w Instrukcji JEDZ, art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp dotyczy środka zapobiegawczego orzeczonego na podstawie art. 276 Kpk, a zatem środek ten dotyczy wyłącznie wykonawców będących osobami fizycznymi. W oparciu o powyższe Odwołujący stwierdza, że nie jest prawdziwy pogląd wyrażony w opinii UZP, jakoby wskazany przepis dotyczył wszystkich wykonawców, o których mowa w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Dalej Odwołujący argumentuje, że ww. opinia UZP jest de facto wewnętrznie sprzeczna. Wskazuje, że nie ulega wątpliwości, iż art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp ma związek z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp i chociażby z tego względu wykładnia tych przepisów musi zostać dokonana łącznie. Tymczasem Prezes UZP stwierdza, iż na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp relewantny jest zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne orzeczonego na podstawie prawa obcego, o ile „*podmioty zagraniczne popełniły czyny odpowiadające znamionom przestępstw wskazanych w ww. ustawie [UOPZ - przypis Odwołującego]*”, a w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp takiego zastrzeżenia nie poczynił, choć: (i) obie podstawy prawne mają charakter wyłącznie krajowy, (ii) art. 57 ust. 6 Dyrektywy Klasycznej traktuje m.in. o zakazach udziału w zamówieniach obowiązujących w danym Państwie Członkowskim; (iii) w odniesieniu do podmiotów zbiorowych środki zapobiegawcze zostały uregulowane wyłącznie w UOPZ, a więc w ustawie, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 Pzp. Odwołujący podnosi, że skoro z informacji o wykluczeniu go z postępowania wynika, że jedynym motywem podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego ze względu na ograniczenie jest ostatni akapit wadliwej Opinii UZP, to należy uznać, iż Zamawiający nie spełnił swojego obowiązku informacyjnego w sposób rzetelny. Wywodzi, że obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Podnosi, że z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Zdaniem Odwołującego blankietowe odwołanie się do nieuzasadnionego stanowiska Prezesa UZP, które w ogóle nie dotyczy analizy ograniczenia i zawiera oczywisty błąd merytoryczny, nie spełnia wskazanego obowiązku normatywnego. Wskazuje, że Zamawiający uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe uzasadnienie faktyczne i prawne czynności wykluczenia Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą. Dodał, że

czynności opisane w informacji o wykluczeniu Odwołującego i unieważnieniu postępowania nie dają się pogodzić z zasadą budowania zaufania wykonawców do Zamawiającego.

Odwołujący wywodzi dalej, że zastosowane wobec niego ograniczenie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi środka zapobiegawczego na gruncie prawa koreańskiego, lecz swego rodzaju „sankcję administracyjną”. Wskazuje, że ograniczenie to nakładane jest po przeprowadzeniu stosownego postępowania i jest typową sankcją kończącą dane postępowanie. Orzeczenie ograniczenia nie zabezpieczało żadnego postępowania będącego w toku i nie stanowiło środka zabezpieczającego zarówno w rozumieniu prawa koreańskiego, jak i polskiego. Uprzedzając ewentualne twierdzenia, iż ograniczenie również miało charakter prewencyjny, a co za tym idzie winno być uznane za „środek zapobiegawczy” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że w zasadzie każda sankcja prawna ma charakter zabezpieczający (prewencyjny), tj. pełni funkcję wychowawczą (ma zapobiegać podobnemu postępowaniu przez dany podmiot w przyszłości) oraz pełni funkcję ochronną (np. wobec podmiotów trzecich, czy też mienia).

Wywodzi, że czym innym jest zapewnienie właściwego toku postępowania za sprawą danego środka prawnego, a czym innym ochrona społeczeństwa, mienia, czy też po prostu zapewnienie bezpieczeństwa za sprawą sankcji kończącej dane postępowanie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający całkowicie pomija fakt, że zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, musi być orzeczony tytułem „środka zapobiegawczego”, czyli środka prawnego o określonym charakterze prawnym, a mianowicie środka służącego zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania i obowiązującego jedynie w czasie trwania postępowania w przedmiocie orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Podnosi, iż Zamawiający bezzasadnie przyjmuje, że „środek zapobiegawczy”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, to po prostu jakikolwiek środek prawny, czy to zabezpieczający, czy też prawomocnie orzeczony, czy też jakikolwiek inny środek w przedmiocie zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. Wskazuje, że rozumienie przez Zamawiającego terminu „środek zabezpieczający” użytego w analizowanym przepisie już na pierwszy rzut oka jawi się jako nieprawidłowe - prowadzi ono bowiem do całkowitego zanegowania znaczenia i charakteru prawnego użytego w przepisie terminu „środek zapobiegawczy”, a do tego czyni wcześniejszy przepis art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, w którym mowa jest o zakazie orzeczonym na podstawie polskiej ustawy, zupełnie zbytecznym i bezprzedmiotowym. Wywodzi, że niedostrzeżenie powyżej nakreślonych różnic pomiędzy „środkiem zapobiegawczym” a funkcją prewencyjną zakazu ubiegania

się

o zamówienia publiczne doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, iż ograniczenie - jako koreańska sankcja administracyjna kończąca postępowanie - nie ma żadnych punktów stykających z polską instytucją środka zapobiegawczego. Zestawienie systemów prawnych w tym zakresie prowadzi do wniosku, iż środek zapobiegawczy orzeczony na gruncie prawa polskiego oraz ograniczenie są po prostu wzajemnie nieadekwatne. Odwołujący argumentuje, iż mając na względzie, że art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie wykonawców będących osobami fizycznymi, już sam fakt, iż Odwołujący taką osobą nie jest, wskazuje na konieczność zakończenia analizy i uznanie, że ograniczenie nie spełnia przesłanek środka zapobiegawczego, o którym mowa w art. 276 Kpk. Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli hipotetycznie założyć, że stanowisko wyrażone w Opinii UZP jest trafne (co Odwołujący kwestionuje), to należy wziąć pod uwagę, że z okoliczności zdarzenia będącego podstawą orzeczenia ograniczenia nie wynika, jakoby ograniczenie było orzeczone w toku jakiegokolwiek postępowania w celu zabezpieczenia jego prawidłowego toku lub w celu „zapobiegnięcia popełnieniu (...) nowego, ciężkiego przestępstwa”, co jest celem środka zapobiegawczego zgodnie z art. 26a UOPZ i art. 249 Kpk. Podnosi również, że nie było tak, aby po zakończeniu postępowania prowadzonego przez podmiot, który nałożył ograniczenie albo postępowania sądowego w miejsce ograniczenia wstąpiła jakaś inna sankcja. Odwołujący podkreśla, że z okoliczności zdarzenia nie wynika, aby kiedykolwiek toczyło się jakiegokolwiek postępowanie przeciwko osobie, które byłoby chociażby w pewnym stopniu zbliżone do postępowania o czyn zabroniony określony w art. 16 UOPZ, tymczasem z treści art. 26a UOPZ jasno wynika, iż warunkiem zastosowania środka zapobiegawczego musi być wszczęcie postępowania o czyn wskazany w art. 16 UOPZ albo postępowanie w sprawie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego, które z kolei może zostać wszczęte jedynie wtedy, gdy fakt popełnienia czynu zabronionego, wymienionego w art. 16, przez osobę, o której mowa w art. 3, został potwierdzony prawomocnym wyrokiem skazującym tę osobę, wyrokiem warunkowo umarzającym wobec niej postępowanie karne albo postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, orzeczeniem o udzielenie tej osobie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności albo orzeczeniem sądu o umorzeniu przeciwko niej postępowania z powodu okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy. Odwołujący wskazuje, że nałożenie ograniczenia było niezależne od stwierdzenia winy, co również odróżnia tę sankcję od polskiego środka zapobiegawczego. Dodaje, że okoliczności zdarzenia wskazują na to, iż gdyby miało ono miejsce w Polsce, to odwołujący mógłby zostać co najwyżej pociągnięty do odpowiedzialności cywilnej. Ewentualną odpowiedzialnością na gruncie UOPZ mogliby być natomiast obciążeni podwykonawcy Odwołującego. Odwołując się do ww. opinii UZP, zgodnie z którą na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp relewantny jest

zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne orzeczone na podstawie prawa obcego, o ile „podmioty zagraniczne popełniły czyny odpowiadające znamionom przestępstw wskazanych w ww. ustawie [UOPZ - przypis Odwołującego]”, a w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp takiego zastrzeżenia już nie poczyniono. Zakładając hipotetycznie, iż wykładania art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp prezentowana w Opinii UZP oraz stanowisko o zastosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp wobec wszystkich wykonawców, o których mowa w art. 2 pkt 11 Pzp są prawidłowe, należy uznać, że nie ma żadnych argumentów natury prawnej, które nie pozwalałyby zastosować powyższego „testu adekwatności czynu” względem art. 24 ust.1 pkt 22 Pzp. Podnosi, że nie ma innej możliwości, bowiem polski system prawny nie zna innych instytucji prawnych skutkujących zakazem ubiegania się o zamówienia publiczne, które mogą być orzeczone wobec podmiotu zbiorowego, niż te objęte przepisami UOPZ. Wskazuje, że przyjmując więc, że opinia UZP wyraża trafny pogląd (co Odwołujący kwestionuje), że na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp relewantny jest zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne orzeczone na podstawie prawa obcego, o ile „podmioty zagraniczne popełniły czyny odpowiadające znamionom przestępstw wskazanych w ww. ustawie [UOPZ - przypis Odwołującego]”, możliwe są jedynie dwa rodzaje wykładni:

1. art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp traktuje kompleksowo o zakazach ubiegania się o zamówienia publiczne przez podmiot zbiorowy, wobec czego obejmuje także środek zapobiegawczy, o którym mowa w art. 26a UOPZ, a jednocześnie nie obejmuje nim środka zapobiegawczego odnoszącego się wyłącznie do osób fizycznych, o którym mowa w art. 249 i 276 Kpk;

albo

2. art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp obejmuje zarówno środki zapobiegawcze odnoszące się do osób fizycznych, o których mowa w Kpk (art. 249 i art. 276 Kpk), jak i środki zapobiegawcze, o których mowa w UOPZ (art. 26a UOPZ).

Odwołujący wywodzi, że jeżeli prawidłowa jest pierwsza wykładnia (wynikająca z Instrukcji JEDZ i aprobowana przez Odwołującego), to prowadzi to do prostego wniosku, iż Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp. Jeżeli prawidłowa jest druga wykładnia, pogląd wyrażony w opinii UZP, iż należy zbadać zaistnienie przesłanek odpowiedzialności z przepisów UOPZ wobec danego stanu faktycznego, prowadzi do wniosku, iż zdarzenie przesłanek opisanych w przepisach UOPZ nie spełnia. Wskazuje, że zakwalifikowanie przez Zamawiającego ograniczenia do środków zapobiegawczych zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp zdaje się więc wyływać z przyjęcia jeszcze innych, ale błędnych założeń i błędnej interpretacji przepisów art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp. Kwalifikacja ta musiała bowiem sprowadzać się do nielogicznego z punktu widzenia wykładni tych przepisów uznania, że norma art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp jest

zakresowo szersza od normy art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, gdyż należy nią objąć wszystkie zakazy, bez względu na to, czy faktycznie stanowią środek zapobiegawczy w rozumieniu tego przepisu czy też nie. W przeciwnym razie Zamawiający powinien dojść do jedyne go słusznego wniosku, że ograniczenie nie stanowi środka zapobiegawczego w rozumieniu ustawy Pzp. Podnosi, że zaprezentowane wyżej błędne zapatrywanie - jeżeli uznać, że Zamawiający mógł się nim kierować - nie znajduje żadnego rozsądnego uzasadnienia z punktu widzenia racjonalności ustawodawcy, wykładni autentycznej, celowościowej i systemowej. Gdyby bowiem polski ustawodawca chciał normą art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp objąć wszystkie zakazy ubiegania się o zamówienia publiczne, niezależnie od ich charakteru prawnego i podstawy wydania, a więc niezależnie od tego, z jakiego tytułu prawnego zostały orzeczone (na co by wskazywało rozumienie Zamawiającego w odniesieniu do Ograniczenia, które nie zostało nałożone tytułem środka zapobiegawczego), to wówczas przepis ten musiałby brzmieć: „wykonawcę, wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne”. W efekcie, wobec takiej redakcji, art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp okazałby się całkowicie zbędny, gdyż tak brzmiący art. 24 ust. 1 pkt 22 objąłby wszystkie możliwe zakazy ubiegania się o zamówienia publiczne, niezależnie od tego, jakim tytułem zostały orzeczone, ani na jakiej podstawie, w tym na gruncie jakiego ustawodawstwa. Odwołujący stwierdza, że nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 22 i art. 24 ust. 7 pkt 5 ustawy Pzp, czego konsekwencją jest także naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wobec Odwołującego zostały bowiem zastosowane surowsze wymagania niż wynika to z przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wykreował w postępowaniu dodatkową, pozaustawową przesłankę wykluczenia wykonawców, zaś przesłanki wykluczenia nie mogą być wykładane rozszerzająco. Wywodzi, że art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp należy wyklądać albo tak jak wskazano powyżej, albo tak jak KIO w wyroku z dnia 27.02.2018 r., KIO 1745/17, KIO 1746/17 - uznać, iż zakaz w postaci środka zapobiegawczego mogący być podstawą wykluczenia musi być orzeczony wyłącznie na podstawie polskich przepisów prawa.

W każdym przypadku decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z powodu ograniczenia jest nieprawidłowa. Podnosi, że zastosowana wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp zdaje się zakładać pominięcie sformułowania „tytułem środka zapobiegawczego” zawartego w tym przepisie, co sprawia, iż przedmiotowy przepis w takim kształcie nabiera szerszego znaczenia niż wynika to z jego treści. Wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych i SN żadne słowo używane przez ustawodawcę nie może zostać uznane za zbyteczne, jak również, że nie można stosować wykładni prawotwórczej.

Odwołujący zauważa, że Zamawiający postąpił tak, jakby za podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania przyjął nieobowiązujący już przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp sprzed zmiany. Przed wejściem w życie ww. zmiany, art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp stanowił, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Podnosi, że zestawienie powyższej normy oraz obecnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca zdecydował o skonkretyzowaniu przesłanek wykluczenia, co prowadzi do wniosku, iż Zamawiający, aby dokonać subsumcji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp musiał ustalić, czy ograniczenie jest środkiem zapobiegawczym, ewentualnie - przyjmując wykładnię zaprezentowaną w ww. wyroku KIO stwierdzić, iż ograniczenie nie może być podstawą decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania ze względu na to, iż nie ma charakteru krajowego. Odwołujący podnosi, że gdyby przyjąć decyzję Zamawiającego za słuszną, należałoby stwierdzić, iż zmiany wprowadzone ww. nowelizacją należy pominąć, czy też uznać za niebyłe. Taki tok myślenia każe stać niejako ponad ustawodawcą, odmawiając mu tym samym przymiotu racjonalności. Dalej Odwołujący wywodzi, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z powodu ograniczenia jest również sprzeczna z wykładnią systemową art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. W szczególności wskazuje, iż nie jest trafny argument podniesiony w informacji o wykluczeniu, jak również w opinii UZP, polegający na wykładni art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp poprzez nadanie prymatu treści § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „Rozporządzenie”) nad art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp i szukanie uzasadnienia dla forsowanej przez Zamawiającego wykładni omawianych przepisów PZP w tak pojmowanym prymacie. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zdaje się zapominać o zasadzie hierarchii aktów prawnych usankcjonowanej w art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Konieczność respektowania tej zasady podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w wyroku z dnia 6 lipca 2016 roku, sygn. akt: II SA/Bd 629/16 stwierdzając, iż: *„Hierarchiczna budowa systemu źródeł prawa obliguje do przyjęcia dyrektywy interpretacyjnej, w myśl której, w razie kolizji między normami prawnymi, przepisy prawa zawarte w akcie wyższego rzędu stosuje się przed przepisami prawa zawartymi w akcie niższego rzędu. Hierarchiczność źródeł prawa wyklucza możliwość stosowania norm hierarchicznie niższych regulujących te same kwestie w sposób odmienny”*. Podnosi, że przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do wniosku, iż treść Rozporządzenia albo skłania do dokonania wykładni rozszerzającej albo do

powołania na jego podstawie nowej podstawy wykluczenia. Dodaje, że przepisy Rozporządzenia nie zawierają norm o charakterze materialnoprawnym, więc nie mogą mieć one w żaden sposób „konkurować” z normami materialnoprawnymi określonymi w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, czy też mieć wpływu na wykładnię tych przepisów. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący uznaje, że wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, będąca podstawą wykluczenia Odwołującego stoi w sprzeczności z zasadą *lex superior derogat legi inferiori*. Podnosi również, że wykluczenie go z postępowania jest niezgodne z prounijną wykładnią art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Wskazuje na brzmienie art. 57 ust. 6 Dyrektywy Klasycznej, wywodząc, że intencją ustawodawcy unijnego nie było uniemożliwienie uczestniczenia w przetargach publicznych podmiotom, które mają jakkolwiek zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne, lecz pozbawienie ubiegania się o zamówienia w przypadku, gdy dany zakaz obowiązuje na terenie państwa członkowskiego, w którym przetarg ma miejsce. Uznaje za oczywiste, iż ograniczenie nie obowiązuje na terytorium Polski, chociażby ze względu na zasady suwerenności i jurysdykcji krajowej, które - jako podstawowe założenia ustrojowe - obowiązują w każdym państwie. Odwołujący dodaje, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż poprzez „obowiązywanie zakazu” należy rozumieć pozytywny wynik subsumpcji stanu faktycznego zaistniałego za granicą względem norm prawa polskiego, okazałoby się, iż okoliczności zdarzenia dotyczące Odwołującego mogłyby być kwalifikowane ewentualnie jedynie na podstawie przepisów o odpowiedzialności cywilnej, a nie na podstawie przepisów UOPZ. Zdaniem Odwołującego w sposób oczywisty więc potraktowanie ograniczenia na równi z polskimi zakazami ubiegania się o zamówienia publiczne godzi w podstawową zasadę ustawy Pzp - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W analogicznym stanie faktycznym będącym podstawą nałożenia ograniczenia, w polskim porządku prawnym na Odwołującego nie nałożono by bowiem takiej sankcji. Uzasadnione jest więc przyjęcie, że polski ustawodawca wdrażając Dyrektywę Klasyczną słusznie przyjął w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia, że zapewnienie równego traktowania wykonawców może zapewnić wyłącznie poprzez zawężenie zakresu tej przesłanki do orzeczeń zapadłych na gruncie prawa polskiego. Tylko taka konstrukcja zapewnia traktowanie wszystkich wykonawców jedną miarą. Odwołujący zwraca uwagę, iż na podstawie art. 59 Dyrektywy Klasycznej wprowadzono Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej: „JEDZ”), który odnosi się m. in. do kwestii wykluczenia podmiotu z postępowania przetargowego. W Instrukcji JEDZ dotyczącej części III, sekcji A wskazano, iż: *przepis art. 57 ust. 1 dyrektywy został wdrożony w treści art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, z tym że katalog przestępstw przewidzianych w w/w przepisach ustawy Pzp jest znacznie szerszy w stosunku do wynikającego z treści art. 57 ust 1 dyrektywy. (..)* W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie dotyczące

niekaralności jedynie w zakresie konkretnych, poniżej wskazanych przestępstw, których dotyczą przesłanki ustawowe z art. 24 ust. 1 pkt 13 i pkt 14 ustawy Pzp, a które jednocześnie stanowią implementację art. 57 ust 1 dyrektywy (...)

Pozostałe podstawy wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 ustawy PZP, które nie stanowią wdrożenia art. 57 ust 1 dyrektywy, należy uwzględnić w innych sekcjach tej części formularza". Wskazuje, że w odniesieniu do części III, sekcja D wyraźnie odwołano się do podstaw „wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym”, wśród których wymieniono art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp.

W oparciu o art. 82 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „Traktat”), normy art. 18 ust. 2 i art. 57 ust. 1 Dyrektywy Klasycznej oraz JEDZ Odwołujący podnosi, że Państwa Członkowskie UE ujednoliciły więc niektóre rodzaje przestępstw, o których mowa w JEDZ i w tym zakresie należy stwierdzić, że popełnienie jednego z takich przestępstw w jednym Państwie Członkowskim będzie relewantne w innym Państwie Członkowskim. Taka konstatacja wydaje się logiczna, bowiem w zakresie tych przestępstw po prostu ujednolicono przesłanki odpowiedzialności w przepisach krajowych więc uznanie relewantności takiego czynu w państwie unijnym innym niż państwo, w którym ten czyn popełniono nie będzie naruszało zasady równości. Dodaje, że argumentacja zawarta w informacji o wykluczeniu oraz w opinii UZP dotycząca wykładni art. 24 ust. 1 pkt 13 i pkt 14 ustawy Pzp jest chybiona, a co za tym idzie nie może stanowić argumentacji na rzecz wykluczenia Odwołującego na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że jak wynika z Instrukcji JEDZ, niektóre z przestępstw określonych w tych przepisach zostały analogicznie skonstruowane we wszystkich Państwach Członkowskich, a niektóre mają charakter wyłącznie krajowy. Potwierdzać to ma także treść Załącznika 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (EU) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 roku ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Na podstawie powyższego Odwołujący stwierdza, że art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie środków zapobiegawczych orzekanych wobec osób fizycznych, więc nie mógł on stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego, przyjmując wykładnię zaprezentowaną w wyroku KIO 1745/17, 1746/17 należy uznać, że aby możliwe było wykluczenie Odwołującego z powodu ograniczenia, musiałoby być ono zakazem orzeczoną na podstawie przepisów UOPZ, a nie w oparciu o jakiegokolwiek przepisy państwa obcego, przyjmując wykładnię podstaw wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym (w tym art. 24 ust.1 pkt 21 i pkt 22 ustawy Pzp) sprowadzającą się do przeprowadzenia „testu adekwatności czynu”, należy ustalić, czy ograniczenie jest środkiem zapobiegawczym i czy spełnione są wszystkie przesłanki odpowiedzialności opisane w UOPZ, co prowadzi do wniosku, iż w warunkach ustawodawstwa polskiego zakaz nie zostałby nałożony na

Odwołującego. Podnosi, że takie działanie jak podanie zaniżonego i nieprawdziwego parametru zużycia energii przez ŠKODA TRANSPORTATION a.s. z siedzibą w Republice Czeskiej (dalej: „Skoda”), co zostało potwierdzone w ww. wyroku Izby, na gruncie prawa koreańskiego skutkowałoby nałożeniem ograniczenia ubiegania się o zamówienie publiczne na wykonawcę dopuszczającego się takiego czynu – zatem prawo koreańskie jest więc w tym zakresie zdecydowanie bardziej surowe niż ustawodawstwo polskie. Wskazuje, że oferta Skoda została jedynie uznana za niezgodną z SIWZ i w przypadku ostania się decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania Skoda będzie mogła bez żadnych przeszkód składać ponownie ofertę w tym postępowaniu, jak i oferty w innych postępowaniach przetargowych.

Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący uznaje, że art. 24 ust. 8 in fine ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do zakazów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 i pkt 22 ustawy Pzp, a nie do jakiegokolwiek zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy jest on obowiązujący (tj. wykonalny i skuteczny) na terenie Polski. Wywodzi, że przeciwne stanowisko wiązałoby się z koniecznością zignorowania treści 57 ust. 6 Dyrektywy Klasycznej oraz zasad wynikających z przepisów Traktatu, a także doprowadziłoby w rzeczywistości do wykreowania kolejnej podstawy wykluczenia. Odwołujący zauważa, że podstawy obligatoryjne wykluczenia zostały ujęte w ust. 1 art. 24 ustawy Pzp, zaś przesłanki fakultatywne - w ust. 5 art. 24 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego niezrozumiałe jest, z jakich względów ustawodawca miałby usankcjonować trzy odrębne podstawy, tj. wykluczenie z powodu wydania zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie przepisów UOPZ, wykluczenie z powodu orzeczenia środka zapobiegawczego, o którym mowa w art. 276 Kpk oraz wykluczenie ze względu na wydanie jakiegokolwiek zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, umieszczając tę ostatnią poza katalogiem z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentum a rubrica taki zabieg legislacyjny stoi w sprzeczności z racjonalnością ustawodawcy. Podnosi, że dokonując wykładni art. 24 ust. 1 pkt 21 i pkt 22 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 8 in fine ustawy Pzp nie sposób pominąć treści art. 24 ust. 7 ustawy Pzp, który odwołuje się w sposób kompletny do podstaw wykluczenia. W odniesieniu do podmiotów zbiorowych, art. 24 ust. 8 zd. ostatnie ustawy Pzp należy odczytywać w ten sposób, że mowa jest w nim o zakazie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, czyli o zakazie orzeczonym na podstawie UOPZ, ewentualnie - przy przyjęciu argumentacji objętej opinią UZP - również o zakazie orzeczonym w innym państwie, ale spełniającym „test ekwiwalentności”, czyli o zakazie orzeczonym w innym państwie za czyn, za który - gdyby został on popełniony w Polsce - zakaz zostałby orzeczony również na gruncie UOPZ. Odwołujący podnosi, że odczytywanie

tej regulacji w jakikolwiek inny sposób, w szczególności zaś przyjęcie, że chodzi tu o jakikolwiek zakaz orzeczony w jakiegokolwiek jurysdykcji za jakiegokolwiek przewinienie, prowadziłoby w istocie do wykreowania nowej, pozaustawowej przesłanki wykluczenia, znacznie szerszej od przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp, a tym samym stałoby w oczywistej sprzeczności z art. 57 ust. 6 Dyrektywy Klasycznej. Odwołujący stwierdza, że skoro ograniczenie nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 21 lub 22 ustawy Pzp, samooczyszczenie w odniesieniu do zdarzenia było jak najbardziej możliwe.

Odwołujący wskazuje, że w Załączniku nr 18 do JEDZ przedstawił szczegółowe uzasadnienie wraz ze stosowną dokumentacją, które winny doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż tzw. self-cleaning został przeprowadzony przez Odwołującego skutecznie (art. 24 ust. 9 ustawy Pzp). Podnosi, że Zamawiający błędnie zinterpretował powyżej przytoczone przepisy i tym samym bezzasadnie pozbawił Odwołującego możliwości skorzystania z instytucji samooczyszczenia.

Dalej Odwołujący wywodzi, że konsekwencją uchybień wskazanych w zarzutach, o których mowa powyżej, było zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż została ona przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowiła ofertę najkorzystniejszą, zawierała cenę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego oraz brak było podstaw do jej odrzucenia. Powyższe przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że wobec zasadności pozostałych zarzutów odwołania, jego oferta, zgodna z SIWZ i niepodlegająca odrzuceniu, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a skoro mieściła się w budżecie Zamawiającego, to unieważnienie postępowania należy uznać za niezasadne. Wywodzi, że choć powyższe wprost nie wynika z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowił dla Zamawiającego podstawę prawną do unieważnienia Postępowania, jest zgodne z wykładnią systemową na gruncie PZP. Zdaniem Odwołującego czynność unieważnienia postępowania - jako konsekwencja czynności i zaniechań Zamawiającego sprzecznych z prawem - stała w sprzeczności z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Stadler Polska Sp. z o.o., SOLARIS Bus & Coach S.A., SOLARIS Tram Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110

Siedlce (dalej przystępujący Stadler), wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (dalej przystępujący PESA) oraz wykonawca Skoda Transportstion a.s., Emila Skody 2922/1, 301-00 Pilzno (dalej przystępujący Skoda).

Zamawiający na posiedzeniu przed KIO złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, uczestnicy postępowania podzielali argumentację Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, pismami procesowymi, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający pismem z dnia 27 lipca 2018 r. powiadomił wykonawców o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, wykonawcy Hyundai Rotem Company. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie ww. wykonawca złożył uzupełnienie JEDZ wraz z załącznikami, w którym wskazał m.in. na orzeczenie wobec niego „ograniczenia dotyczącego kwalifikacji (prawa) do udziału w przetargach w Republice Korei w postaci zakazu uczestnictwa w zamówieniach publicznych”. Zamawiający poinformował, że jak wynika ze złożonych

dokumentów (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), zakaz ten został wobec wykonawcy podtrzymany ostatecznie wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29.03.2018 r. Zamawiający wskazał, że zakaz ten, w ocenie Zamawiającego, ma charakter środka zapobiegawczego, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Dodał, że zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp do wskazanej przesłanki wykluczenia nie znajduje zastosowania procedura „self cleaning”, a w konsekwencji złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty dotyczące podjętych czynności naprawczych nie pozwalają na wyłączenie przesłanki wykluczenia. Zamawiający dodał, że jak wynika z wydanej wskutek zapytania Zamawiającego opinii prawnej UZP z dnia 23.07.2018 r., przepis art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp *„ma zastosowanie w odniesieniu do każdego wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne niezależnie od tego, czy środek taki orzeczony został na podstawie polskiego czy obcego prawa”*. Wobec powyższego, jak również okoliczności, iż okres obowiązywania rzeczzonego zakazu nie upłynął, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że wskutek dokonania wykluczenia wykonawcy Hyundai, w postępowaniu pozostała wyłącznie oferta wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., której cena przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty. W konsekwencji zaszła przesłanka unieważnienia postępowania, co Zamawiający uczynił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

1. O uznaniu odwołania za zasadne zadecydowało potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 22 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mającego polegać na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, podczas gdy nałożony na niego zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowił środka zapobiegawczego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Jak wynika z brzmienia powołanego przepisu, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne. Omawiana przesłanka zatem jednoznacznie wskazuje na charakter zakazu

ubiegania się zamówienia, jakiego dotyczy – tj. orzeczonego tytułem środka zapobiegawczego. Instytucję środków zapobiegawczych reguluje ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. 2017 r., poz. 1904), w rozdziale 28 – zatytułowanym właśnie „Środki zapobiegawcze”. W otwierającym ów rozdział art. 249 § 1 Kpk wskazano, że środki zapobiegawcze można stosować w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa – można je stosować tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo. Art. 249 § 2 Kpk stanowi, że środki zapobiegawcze mogą być stosowane aż do chwili wykonania kary. O środkach zapobiegawczych mówi także ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej UOPZ) z dnia 28 października 2010 r. (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 703). UOPZ w art. 26a ust. 1 stanowi, że w postępowaniu w sprawie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego lub w postępowaniu karnym albo w postępowaniu w sprawie o przestępstwo skarbowe sąd może zastosować wobec podmiotu zbiorowego środek zapobiegawczy w postaci m.in. zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne na czas trwania tych postępowań. Jednocześnie UOPZ nie określa przesłanek zastosowania środka zapobiegawczego, dla ich ustalenia należy więc, zgodnie z art. 22 tej ustawy, odpowiednio zastosować art. 249 Kpk. Niezależnie zatem, czy podstawą orzeczenia środka zapobiegawczego będzie Kpk czy UOPZ, muszą zaistnieć przesłanki określone w art. 249 Kpk.

Konkludując powyższe, należy stwierdzić, że dla ustalenia, czy zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, koniecznym jest stwierdzenie, czy nałożony na wykonawcę zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia został orzeczony tytułem środka zapobiegawczego w rozumieniu art. 249 Kpk. W niniejszej sprawie, zarówno Zamawiający jak i przystępujący nie twierdzili, że ów zakaz został wydany celem zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, ani też, że miał na celu zapobieżenie popełnieniu przez wykonawcę ciężkiego przestępstwa. Okolicznością bezsporną było również, iż orzeczony zakaz miał charakter sankcji nałożonej decyzją kończącą postępowanie w przedmiocie zdarzenia uzasadniającego orzeczenie zakazu (szczegóły dotyczące orzeczenia zakazu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa). Nie był zatem środkiem stosowanym dla zabezpieczenia toku postępowania, nie został nałożony również celem zapobiegnięcia popełnienia przez Odwołującego ciężkiego przestępstwa. Stwierdzenie powyższych okoliczności jednoznacznie przesądza, że omawiany zakaz nie został nałożony na Odwołującego „tytułem środka zapobiegawczego”, jak wymaga tego art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, a zatem decyzja o wykluczeniu go z postępowania była bezpodstawna.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że nie można zgodzić się z prezentowaną przez Zamawiającego i przystępujących argumentacją, iż rzeczony środek miał charakter środka zapobiegawczego, bowiem zapobiegał udziałowi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, eliminował wykonawcę z tego rynku. Taka interpretacja jest całkowicie niezgodna nie tylko z literalnym brzmieniem przepisu, ale również z zasadami wykładni prawa. Jak wskazano, art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp wprost odnosi się do instytucji środka zapobiegawczego – termin ten jest zaś znany prawu polskiemu. Instytucja prawa, do której termin ów się odnosi, została opisana w rozdziale 28 Kpk. Tym samym wywodząc, że ustawodawca, posługując się dokładnie takim samym terminem w ustawie Pzp, odnosił się do każdej sytuacji, w której wykonawca zostanie wyeliminowany z rynku na skutek orzeczenia, zakłada brak racjonalności ustawodawcy. Zgodzić się przy tym należy z Odwołującym, iż stosowana przez Zamawiającego wykładnia, zgodnie z którą przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp odnosi się do każdego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, prowadzi do uznania, że zbędny jest art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Takie założenie również możliwe jest jedynie przy przyjęciu braku racjonalności ustawodawcy oraz całkowitym pominięciu wykładni systemowej. Nie można bowiem przyznać racji Zamawiającemu, iż przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp należy interpretować całkowicie osobno. Przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 21 mówi o wykluczeniu wykonawcy, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie „na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2016 r. poz. 1541 oraz z 2017 r. poz. 724 i 933)”. Zatem przepis ten odnosi się do orzeczonego przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, o którym mowa w art. 9 ust. 1 pkt 4 UOPZ – nie dotyczy on zatem zakazu orzeczonego jako środka zapobiegawczego, do tego zakazu odnosi się bowiem następujący po nim art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp. Rozróżnienie to wynika z okoliczności, że dla orzeczenia środka zapobiegawczego nie jest wymagane ustalenie odpowiedzialności karnej sprawcy, co jest konieczne dla możliwości orzeczenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 pkt 4 UOPZ, jak także z tego, iż środek zapobiegawczy może zastosować nie tylko sąd, ale także prokurator (art. 249 § 3 Kpk). Z powyższego jednoznacznie wynika, że art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp odnosi się do kończących postępowanie orzeczeń sądu (wydanych na podstawie UOPZ), zaś art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp – do środków zapobiegawczych w rozumieniu art. 249 Kpk. Zasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że pominięcie wzajemnej relacji art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 prowadziło do wniosku, iż omawiane przesłanki wykluczenia powinny być sformułowane jako jedna, o brzmieniu: „wykonawcę, wobec którego zastosowano zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego”. W takiej sytuacji ustawodawca jednoznacznie zakwalifikowałby wszystkie możliwe zakazy, nie budziłoby to

wątpliwości i eliminowało wszystkich wykonawców, na których zakazy takie nałożono. Jednakże, ustawodawca zniuansował przypadki orzeczenia ww. zakazu i nie jest dopuszczalne pominięcie zastosowanych w ustawie zwrotów jak i wzajemnej relacji bezpośrednio sąsiadujących ze sobą przepisów. Dodać należy, że również Prezes UZP w powoływanej przez Zamawiającego opinii z dnia 23.07.2018 r. określił, że art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp ma zastosowanie do wykonawcy, wobec którego zakaz orzeczono tytułem środka zapobiegawczego – co z kolei koresponduje z instrukcją wypełniania JEDZ, określającej, że ww. przesłanka dotyczy środka zapobiegawczego orzeczanego na podstawie art. 276 Kpk.

Dodać należy, że niedopuszczalne jest rozszerzanie podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wykluczenie z postępowania zamyka wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia, wobec czego czynność ta powinna polegać na prostej subsumpcji sytuacji faktycznej do przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Dopuszczenie wykluczenia wykonawcy w sytuacji nie określonej wprost w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp powoduje brak pewności co do prawa po stronie wykonawców i w łatwy sposób skutkować może naruszeniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Mając na uwadze krajowy charakter przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp (nie ma ona swojego odpowiednika w Dyrektywie Klasycznej), nie jest zasadnym dokonywanie jej wykładni w oparciu o zasady ogólne Dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto, również umowa GPA, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie może stanowić „uzupełnienia” omawianej przesłanki (gdyby przyjąć, że jest to dopuszczalne), bowiem nie odnosi się ona do zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wskazywany przez Zamawiającego w toku rozprawy art. VIII ust. 4 lit. d GPA mówi o „*skazaniu prawomocnym wyrokiem sądu za poważne przestępstwo lub inne poważne wykroczenie*”. Jak zaś wynika z okoliczności sprawy, Odwołujący nie został skazany za poważne przestępstwo lub wykroczenie. Zamawiający wywodził natomiast, że wykonawca Hyundai „popęłnił czyny, o których mowa w art. 16 UOPZ”. Należy stwierdzić jednakże, że nawet stwierdzone przez sąd karny popełnienie czynu, nie jest równoznaczne ze skazaniem za przestępstwo (np. w przypadku warunkowego umorzenia postępowania), tymczasem w niniejszej sprawie odpowiedzialność karna Odwołującego w ogóle nie była badana. Zamawiający podnosił także, że Odwołującego potraktować należy jak wykonawcę polskiego, skazanego za czyn określony w art. 16 UOPZ, wobec zasady równego traktowania podmiotów. Należy zważyć, że uznanie, iż podmiot zagraniczny podlega wykluczeniu z postępowania z racji zastosowania wobec niego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia, niezależnie od podstawy i charakteru takiego środka, stanowiłoby rażące pogwałcenie zasady równego traktowania wykonawców, bowiem stawiałoby w uprzywilejowanej pozycji polskich

wykonawców. Dla wykluczenia tych wykonawców koniecznym byłoby stwierdzenie orzeczenia środka zapobiegawczego w rozumieniu art. 249 Kpk bądź wyroku sądu wydanego na podstawie UOPZ, zaś w odniesieniu do wykonawców zagranicznych – wydanie jakiegokolwiek, chociażby administracyjnego czy umownego, zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Reasumując, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wobec Odwołującego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym wykluczenie z postępowania nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 22 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mającego polegać na bezzasadnym unieważnieniu postępowania.

Jak wynika z informacji o wykluczeniu wykonawcy Hyundai oraz unieważnieniu postępowania (pismo z dnia 27 lipca 2018 r.), Zamawiający uznał, że zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wywiódł to z okoliczności, iż po wykluczeniu z postępowania Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, jedyną ofertą, która ostała się w postępowaniu jest oferta wykonawcy PESA, której cena przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – tj. 2 323 057 581 zł brutto. Cena oferty Odwołującego wynosiła 1 816 988 242,98 zł (przed poprawieniem omyłki 1 817 817 013,00 zł), a zatem była znacznie niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze stwierdzoną powyżej bezpodstawność wykluczenia Odwołującego z postępowania, należało uznać, że nie zaszła przesłanka unieważnienia określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec powyższego, unieważnienie postępowania przez Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

3. Za niepotwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. Odwołujący naruszenia powołanych przepisów upatrywał w zaniechaniu przez Zamawiającego oceny i uznania za wystarczające dowodów potwierdzających przeprowadzenie przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia w odniesieniu do zdarzenia, którego rezultatem było nałożenie zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia

publicznego, które to zdarzenie powinno, w opinii Odwołującego, zostać zakwalifikowane jako poważne naruszenie zawodowe.

Odwołujący nie uzasadnił jednakże, z jakich przyczyn w jego ocenie ww. zdarzenie winno zostać zakwalifikowane jako poważne naruszenie zawodowe. Wywodził natomiast, że możliwość przeprowadzenia procedury self-cleaningu na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp dotyczy również sytuacji orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, który nie mieści się w ramach przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp.

Izba nie uznała argumentacji Odwołującego za zasługującą na uwzględnienie. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne i nielogiczne. Jeżeli bowiem Odwołujący uznaje, że orzeczony wobec niego zakaz nie jest zakazem o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 i 22 ustawy Pzp, to konsekwencją takiego rozumowania winno być przyjęcie, że nie zachodzi żadna przesłanka wykluczenia i nie zachodzi konieczność dokonywania procedury samooczyszczenia. Odwołujący jedynie w *petitum* odwołania wskazał, że zdarzenie powinno być kwalifikowane jako poważne wykroczenie zawodowe, nie uzasadnił natomiast tego stanowiska, nie można go zatem uznać za wykazane. Co więcej, jak Odwołujący sam wskazał w uzupełnieniu do JEDZ, w którym zawarł informację o ww. zakazie ubiegania się o udzielenie zamówienia, że możliwość wykluczenia z postępowania w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest wyłączona, wobec upływu ponad 3 lat od zdarzenia – zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Należy zatem uznać, że Zamawiający nie był w obowiązku badania skuteczności przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

4. Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający informuje wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając przy tym uzasadnienie prawne. Wskazuje się, że ww. informacja powinna mieć charakter wyczerpujący, pozwalający wykonawcy na ocenę prawidłowości działania Zamawiającego i motywów, jakimi się kierował. W ocenie Izby w niniejszej sprawie informacja przekazana Odwołującemu miała taki charakter. Zamawiający wskazał podstawę wykluczenia Odwołującego, uzasadnił dlaczego w jego ocenie omawiana przesłanka zachodzi, podał również podstawę faktyczną i prawną unieważnienia postępowania. Bez wpływu na ocenę naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp pozostaje okoliczność, że Zamawiający pozostawał w błędzie co do zasadności wykluczenia Odwołującego. Zważyć należy, że treść rzeczonyj informacji pozwoliła Odwołującemu skutecznie podważyć decyzję Zamawiającego. W toku postępowania przed Izbą Zamawiający nie powoływał innej przesłanki wykluczenia Odwołującego. Wobec

powyższego należało uznać, iż omawiana informacja była zgodna z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

5. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnosi się on zatem do zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, który powinien zostać dokonany w oparciu o kryteria o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, jego naruszenie może nastąpić w przypadku dokonania oferty niezgodnie z tymi kryteriami określonymi w SIWZ. Omawiana regulacja nie dotyczy zatem przypadków niezasadnego wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz unieważnienia postępowania. Dodać należy, że wobec unieważnienia postępowania nie został wybrany żaden wykonawca, zatem nie mogło dojść do wyboru oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. niezgodnie z kryteriami ustalonymi w SIWZ.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Ponadto poinformować należy, że Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego oraz przystępujących Skoda i Stadler o ponowne otwarcie rozprawy. Izba uznała, że ogłoszenie w dniu 23 sierpnia 2018 r. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie XXIII Ga 540/18 nie stanowiło okoliczności uzasadniającej otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Oznacza to, że nie dotyczy to „zaistnienia” czy „pojawienia się” okoliczności, ale ujawnienia się. Zgodnie zaś ze Słownikiem Języka Polskiego PWN (strona www.sjp.pwn.pl, dostęp w dniu 27.08.2018 r.) „ujawnić” oznacza: 1. „uczynić jawnym, podać do wiadomości coś, co było trzymane w tajemnicy”, 2. „odkryć coś, stwierdzić istnienie czegoś”. Zatem ww. norma ustawy Pzp nie dotyczy okoliczności, które powstały po zamknięciu rozprawy, ale takich które istniały już wcześniej, a jedynie nie były stronom i uczestnikom znane. Taką interpretację sugeruje również brak wskazania, że mają to być nowe okoliczności. Zważyć należy, że dopuszczenie do ponownego otwarcia rozprawy wobec powstania nowych okoliczności mogłoby prowadzić do „preparowania” takich okoliczności przez strony i uczestników, jedynie w celu bezprawnego przedłużania postępowania. Mając na uwadze znaczenie dla systemu zamówień publicznych wartości, jaką jest szybkość postępowania przed Izbą, dopuszczenie takiej możliwości nie jest akceptowalne. Należy nadmienić, że rzeczony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczył co prawda tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale

zupełnie innych czynności Zamawiającego, opartych na całkowicie innych podstawach faktycznych i prawnych, niż będące przedmiotem odwołania w obecnie rozpatrywanej sprawie. Co za tym idzie, ustalenia SO dotyczące rzeczonych czynności nie mogły mieć wpływu na ocenę merytoryczną zarzutów odwołania dokonaną w niniejszym wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izba na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....