

Sygn. akt: KIO 1428/18

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Beata Pakulska – Banach
Irmina Pawlik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** oraz **Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralną Komisję Egzaminacyjną w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Greg Print Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1428/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w Warszawie** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** oraz **Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uznania oferty ww. wykonawców za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie

art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do poprawienia lub uzupełnienia części III pkt C wiersz 7 Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

2. Za nieuzasadnione uznaje zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Centralną Komisję Egzaminacyjną w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** oraz **Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego – **Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy** oraz **Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 ze zm.) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralna Komisja Egzaminacyjna w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminu zawodowego w miesiącach styczeń - luty 2019 r. i czerwiec - lipiec 2019 r.* (znak postępowania: CKE/2/2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 078-173681.

W dniu 20 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Samindruk Sp. z o.o. z siedzibą w Brodnicy oraz Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, podczas gdy brak było przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp;
2. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, pomimo że brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
3. zaniechania uniemożliwienia Odwołującemu przedstawienia dowodów na tzw. samooczyszczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp;
4. zaniechania wezwania Odwołującego do poprawienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia (JEDZ), co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
5. czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, pomimo iż złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci wyjaśnień Odwołującego z dnia 21 listopada 2017 r. złożonych przez Odwołującego w postępowaniu pn. „Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego”;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego;
4. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
5. wezwanie Odwołującego do poprawienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia (JEDZ);
6. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym odwołania, w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że wykluczenie wykonawców na ww. podstawie prawnej było nieuzasadnione i bezpodstawne. Argumentował, iż w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2018 r. wskazał Zamawiającemu, iż stopień nienależytego wykonania umowy z dnia 15 października 2014 r. nr 48/WAD-RAG/2014 na druk kart do głosowania w wyborach na Prezydenta Miasta Tarnowa oraz Rady Miejskiej w Tarnowie przeprowadzonych w dniu 16 listopada 2014 r. nie może być uznany za istotny w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Błąd Odwołującego w zakresie realizacji ww. umowy nie dotyczył całości przedmiotu zamówienia, a jedynie jego małego fragmentu. Podczas gdy przedmiotem zamówienia był druk kart do głosowania w wyborach na Prezydenta Miasta Tarnowa oraz Rady Miejskiej w Tarnowie przeprowadzonych w dniu 16 listopada 2014 r., błąd Odwołującego dotyczył druku kart do głosowania jedynie w jednym z czterech okręgów wyborczych do Rady Miejskiej. Brak istotności w nienależytym wykonaniu umowy potwierdza także skala błędu Odwołującego, gdyż liczba dostarczonych kart do głosowania w okręgu nr 3, w którym doszło do błędnego wydruku kart, wyniosła 24.417 sztuk, a w tym samym czasie Odwołujący realizował szereg zamówień na wydruk kart do głosowania na terenie całej Polski i w skali kraju do błędu wydruku doszło wyłącznie w okręgu wyborczym nr 3 w Tarnowie.

Odwołujący wskazał, że ponawia swoją argumentację, iż realizacja umowy na rzecz Gminy Miasta Tarnowa była sprawą specyficzną, gdzie na skutek splotu całego szeregu okoliczności doszło do druku kart do głosowania z pominięciem nazwiska jednego z kandydatów. W tej sprawie członek Konsorcjum, tj. Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. czyniąc zadość telefonicznym prośbom zamawiającego, dokonał

modyfikacji jednej z kart do głosowania (w zakresie wielkości czcionki), w wyniku czego doszło do omyłkowej zmiany treści karty. Modyfikacja ta została jednak zaakceptowana (także mailowo) przez samego zamawiającego. Błąd w druku powstał na skutek ingerencji w materiał elektroniczny na prośbę zamawiającego, a ponieważ niosło to za sobą ryzyko powstania lub popełnienia błędu, stąd członek Konsorcjum skierował do zamawiającego prośbę o sprawdzenie poprawności plików i zwrotne przesłanie akceptacji. Po otrzymaniu w dniu 4 listopada 2014 r. potwierdzenia poprawności projektów, materiał został uznany jako ostateczny i tym samym przekazany do produkcji. Odwołujący podkreślał, że Gmina Miasta Tarnów nie zweryfikowała poprawności dostarczonych kart do głosowania, choć była do tego zobowiązana wprost w świetle łączącej strony umowy. Gdyby Odwołujący otrzymał jakąkolwiek informację o zaistniałym błędzie byłby w stanie go poprawić i dostarczyć prawidłowo wydrukowane karty w terminie określonym w umowie, tzn. przed dniem wyborów. Brak informacji ze strony Gminy Miasta Tarnowa pozbawił Odwołującego szans na należyte wykonanie umowy. Dalej Odwołujący uzasadniał, iż w zakresie umowy z Gminą Miasta Tarnowaczłonek konsorcjum – Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. zrealizowała druk 277 557 kart wyborczych z czego ilość wadliwych (błędnie zaakceptowanych przez Zamawiającego) kart wyborczych wynosiła 24 417, co stanowiło jedynie 8,79% całego zlecenia. Podkreślał, iż oba sądy oceniające tę sprawę (sąd rejonowy, jak i okręgowy) stwierdziły, iż doszło do przyczynienia się zamawiającego do szkody. Co więcej przyczynienie to nastąpiło aż w 50%.

Następnie Odwołujący przywołał stosowne fragmenty wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r. sygn. akt: I Ca 428/15, z których wynikało, iż brak było podstaw do uznania, że doszło do nienależytego wykonania umowy zawartej z Gminą Miasta Tarnowa w istotnym stopniu, gdyż to sam zamawiający przyczynił się w znacznym stopniu, bo aż w 50%, do jej nienależytego wykonania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, kumulatywnie muszą być spełnione przesłanki określone w tym przepisie, tj. 1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, 2) stopień niewykonania lub nienależytego wykonania musi być istotny oraz 3) niewykonanie czy nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 54/18: „Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (...)”.

Jednocześnie Odwołujący zważył, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu

może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Odwołujący w celu potwierdzenia prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2095/17, wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 139/17 oraz wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 70/18 odnoszące się do problematyki fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślał, iż stopień nienależytego wykonania umowy zawartej z Gminą Miasta Tarnów nie był istotny, gdyż w skali całej umowy owa nieprawidłowość nie była znaczna. Błędne wydrukowanie pewnej ilości (niesprawdzonych, wbrew ustalonym obowiązkom przez zamawiającego) kart do głosowania było zdarzeniem jednokrotnym, a więc nie stanowiło uporczywego niewykonania umowy, o którym mowa w przywołanej powyżej dyrektywie 2014/24/UE.

Odwołujący kwestionował także możliwość uznania za dopuszczalne powołanie się przez Zamawiającego na korespondencję prowadzoną z Gminą Miasta Tarnowa, do którego wprost skierował pytanie, czy w jego ocenie „nastąpiło w trakcie realizacji ww. umowy nienależyte jej wykonanie w stopniu istotnym, a jeśli tak, to na czym ta istotność polegała”.

Odwołujący podniósł, iż w pełni podziela twierdzenie Zamawiającego, że to okoliczności faktyczne, a nie subiektywne przekonanie są decydujące dla uznania, czy nienależyte wykonanie umowy zawartej z Gminą Miasta Tarnowa miało charakter istotny. W konsekwencji zatem także opinię Urzędu Miasta Tarnowa, o tym, iż nienależyte wykonanie umowy nastąpiło w stopniu istotnym, należy uznać wyłącznie za jego subiektywne przekonanie. Trudno oprzeć się tezie, iż każdy zamawiający, w szczególności jeżeli sąd uzna jego przyczynienie się do powstania nienależytego wykonania umowy, kierując się swoją subiektywną oceną uzna, iż nawet najdrobniejsze przewinienia miały charakter istotny. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania mają jednak charakter zobiektywizowany, a więc istotność nienależytego wykonania umowy należy oceniać nie w świetle subiektywnego przekonania danego zamawiającego, a w świetle przepisów prawa i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując ww. zarzut Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie mając ku temu postaw prawnych i faktycznych wykluczył Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę. Brak było bowiem podstaw do uznania, iż niewykonanie umowy zawartej z Gminą Miasta Tarnowa miało charakter istotny, na skutek skali nieprawidłowości przy wykonaniu tejże umowy oraz przyczyniania się samego zamawiającego do jej nienależytego wykonania. Zamawiający przy tym nie udowodnił, jakoby wszystkie przesłanki wynikające

z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zostały spełnione, a zatem nieuprawnione było wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący przede wszystkim zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 782/17, w którym Izba stwierdził, że „nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego.”

Jak wskazywał Odwołujący, Zamawiający dysponował wiedzą na temat okoliczności towarzyszących wykonaniu umowy zawartej z Gminą Miasta Tarnowa i wydanego przez sąd wyroku w tej sprawie, gdyż kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w 2017 r. pn. „Druk i dystrybucja materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminów ogólnych w 2018 roku: egzaminu gimnazjalnego, egzaminu maturalnego, centralnego egzaminu wstępnego, egzaminu eksternistycznego”, znak postępowania nadany przez zamawiającego CKE/8/2017. Kwestia realizacji umowy i wyroku zasądzonego przez Sąd Okręgowy w Tarnowie była przedmiotem wyjaśnień ze strony Odwołującego z dnia 21 listopada 2017 r. na wezwanie samego Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności w sposób jednoznaczny wskazują, iż Zamawiający miał wiedzę na temat zasądzenia odszkodowania przez Sąd od Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnowa, nieprawdziwe jest zatem twierdzenie zawarte w odwołaniu, iż „Zamawiający nie mając wiedzy na temat zapadłych wyroków, nie powziąłby wątpliwości w zakresie istnienia przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy”, czym w ocenie Zamawiającego Odwołujący wprowadził go w błąd. Jednakże stanowisku Zamawiającego nie tylko przeczy rzeczywisty stan rzeczy, ale także konkluzja ww. wyroku KIO, w świetle której posiadanie wiedzy na temat rzekomo zatajonych informacji, nie może mieć wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Skoro art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek, tj. wykazania przez zamawiającego, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugą natomiast wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - brak jednej z nich prowadzi do wniosku, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania było bezpodstawne. Na potwierdzenie

powyższego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2616/17.

Następnie Odwołujący wskazał, iż kwestionuje również stanowisko Zamawiającego, jakoby niedopuszczalne było uruchomienie procedury samooczyszczenia dopiero po wezwaniu Zamawiającego, przywołując na jego potwierdzenie wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 163/17. Odwołujący wskazał, iż z orzecznictwa Izby można wywieść konkluzję, iż niewłaściwe wskazanie przez wykonawcę w JEDZ wystąpienia przesłanki wykluczenia nie jest automatycznie równoznaczne z tym, że zrezygnował on z możliwości *self-cleaning*. Jak zauważono w dalszej części ww. orzeczenia, zamawiający zobligowany był wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ, co w oczywisty sposób przeczy stanowisku Zamawiającego, który uznał, iż nie jest możliwe dopuszczenie przez niego uzupełnienia JEDZ złożonego przez Odwołującego. Odwołujący podniósł, że analogiczne stanowisko zawarte zostało w wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2199/16, w którym Izba opowiedziała się za dopuszczalnością wezwania do uzupełnienia elementów JEDZ mających znaczenie dla dokonania przez wykonawcę samooczyszczenia.

Odwołujący zauważył, że jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania. Ponieważ na gruncie rodzimych regulacji kary umowne traktowane są jako jego surogat, również ich zapłata może być postrzegana jako podjęcie stosownych kroków mających na celu „samooczyszczenie” (Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Legalis, 2018). W ocenie Odwołującego prawidłowa interpretacja Prawa zamówień publicznych przez Zamawiającego skutkować winna dopuszczeniem przez niego procedury *self-cleaning* Odwołującego, a w konsekwencji uznaniem, iż zapłata odszkodowania przez Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnów stanowiła podjęcie środków zaradczych, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem Zamawiającego było pełne i wszechstronne zbadanie okoliczności w ramach podejmowanych czynności w postępowaniu, a w szczególności umożliwienie Odwołującemu przeprowadzenia procedury *self-cleaning*, oraz wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia elementów JEDZ mających znaczenie dla dokonania przez wykonawcę samooczyszczenia. Zaniechanie dokonania powyższych czynności należy ocenić jako niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia JEDZ, a także art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp przez uniemożliwienie Odwołującemu przedstawienia dowodów na tzw. samooczyszczenie.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu poprawienie i uzupełnienie oświadczenia JEDZ, Odwołujący wskazał, iż brak podania w JEDZ informacji o zasądzeniu odszkodowania od Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnowa wynikał z błędnego przekonania pracownika Odwołującego co do terminu, w którym aktualizuje się obowiązek zamieszczenia w JEDZ takiej informacji. Doszło bowiem do omyłki na skutek błędnego przekonania osoby wypełniającej JEDZ, iż obowiązek podania informacji, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp istnieje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że usługa druku na rzecz Gminy Miasta Tarnowa miała miejsce w listopadzie 2014 r. Odwołujący nie działał zatem w zamiarze wprowadzenia w błąd Zamawiającego i zatajenia przed nim pewnych informacji, zakładając, iż ustawa Pzp wiąże obowiązek wskazania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z zaistnieniem zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Odwołujący zwrócił również uwagę na wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 2736/17.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż skoro Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, tym samym brak było podstaw do unieważnienia postępowania na przywołanej przez Zamawiającego podstawie prawnej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 lipca 2018 r. wniósł o:

1. oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia – w pierwszej kolejności;
2. oddalenie odwołania w całości, w przypadku gdy wniosek w pkt. 1) nie zostanie rozpatrzony pozytywnie.

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

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego odnośnie braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający argumentował, iż w skutek błędu odwołujący się wykonawca nie zakwestionował skutecznie czynności unieważnienia postępowania podjętej przez Zamawiającego w dniu 10 lipca 2018 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, stawiając w odwołaniu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego z uwagi na powyższe, w przypadku uwzględnienia przez Izbę pozostałych zarzutów odwołania (poza zarzutem dotyczącym naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), brak byłoby możliwości uchylecia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonanej przez Zamawiającego w dniu 10 lipca 2018 r. Zatem w ocenie Zamawiającego uwzględnienie pozostałych zarzutów odwołania nie miałoby wpływu na wynik postępowania, gdyż w mocy pozostałaby decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż jak wynika z treści odwołania, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia kwestionują przede wszystkim czynność Zamawiającego polegającą na niezasadnym wykluczeniu wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania oferty wykonawców za odrzuconą stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący w treści odwołania sformułował żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia wykonawców z postępowania. Izba wskazuje, że czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była czynnością następczą, wynikową wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jak wynika bowiem z pisma Zamawiającego z dnia 10 lipca 2018 r. okolicznością uzasadniającą unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp był fakt, iż w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania, cena drugiej oferty z najniższą ceną, tj. oferty wykonawcy Greg Print Sp. z o.o. Sp.k. przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zauważyć należy, iż cena oferty zaoferowana przez Odwołującego mieściła się w budżecie Zamawiającego przeznaczonym na realizację zamówienia. Tym samym w przypadku skutecznego zakwestionowania przez Odwołującego czynności wykluczenia wykonawców z postępowania, koniecznym będzie unieważnienie czynności dalszych, wtórnych wobec czynności pierwotnej. W świetle powyższego nie sposób uznać, by Odwołujący nie wypełnił materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Greg Print Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 lipca 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień skierowane do Odwołującego z dnia 19 czerwca 2018 r., wyjaśnienia Odwołującego z dnia 22 czerwca 2018 r., korespondencję Zamawiającego prowadzoną z Gminą Miasta Tarnowa oraz pismo Zamawiającego z dnia 10 lipca 2018 r. w sprawie wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 lipca 2018 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XXII ust. 1 SIWZ oraz sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Ustalono, że członek konsorcjum Odwołującego, tj. Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. w oświadczeniu JEDZ w części III „Podstawy wykluczenia” pkt C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” w rubryce „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi „NIE”.

Ponadto w części III pkt C JEDZ w zakresie następujących pytań: „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób

wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?” ww. wykonawca udzielił odpowiedzi „NIE”.

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do przedstawienia wyjaśnień w zakresie złożonych w JEDZ przez członka konsorcjum Odwołującego – Drukarni Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. ww. oświadczeń. Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że z informacji w których jest posiadaniu wynika, że Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. nieprawidłowo zrealizowała umowę na rzecz Gminy Miasta Tarnowa, w wyniku czego wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 12 sierpnia 2015 r. (I C 1039/15), zmienionym wyrokiem Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r. (I Ca 428/15) zasądzono od Spółki na rzecz ww. Gminy odszkodowanie w kwocie 24 521,45 zł.

Pismem z dnia 22 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące oświadczeń członka konsorcjum Odwołującego, tj. Drukarni Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. w zakresie żądanym przez Zamawiającego. Ww. pismo wraz z załącznikami zostało zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na potrzeby postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w niniejszej sprawie Odwołujący, w toku rozprawy oświadczył, iż odtajnia wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r. sygn. akt: I Ca 428/15 stanowiący załącznik do wyjaśnień wykonawców z dnia 22 czerwca 2018 r.

Nadto pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. Zamawiający wystąpił do Gminy Miasta Tarnowa, powołując się na posiadaną wiedzę, iż Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. nieprawidłowo zrealizowała umowę z dnia 15 października 2014 r. na rzecz ww. Gminy, co potwierdziły Sądy obu instancji w ww. wyrokach, zasądzając od wykonawcy na rzecz Gminy Miasta Tarnowa odszkodowanie w przywołanej wyżej kwocie, z prośbą o podanie następujących informacji: 1) czy w Państwa ocenie nastąpiło w trakcie realizacji ww. umowy nienależyte wykonanie tej umowy w stopniu istotnym, a jeśli tak, to na czym ta istotność według Państwa polegała?, 2) jaka była wartość zawartej umowy z dnia 15 października 2014 r. oraz 3) jaka była kwota faktycznie zapłacona ww. wykonawcy za zrealizowanie umowy z dnia 15 października 2014 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Gmina Miasta Tarnowa w piśmie z dnia 27 czerwca 2018 r. poinformowała, że mając na względzie przedmiot umowy z dnia 15 października 2014 r. z Drukarnią Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o., tj. wydrukowanie kart do głosowania w wyborach samorządowych, należy przyjąć, że nienależyte wykonanie umowy

w tym wypadku miało istotne znaczenie dla zamawiającego. W wyniku nienależytego wykonania umowy konieczne było przeprowadzenie powtórnych wyborów w jednym z okręgów wyborczych. Jednocześnie Gmina Miasta Tarnowa zaznaczyła, iż zgodnie z wyrokiem Sądu odpowiedzialność za zaistniałą sytuację ponosił w 50% zamawiający. Ponadto Gmina Miasta Tarnowa wskazała, iż maksymalna wartość zawartej umowy z dnia 15 października 2014 r. opiewała na kwotę 104 880,00 zł. Z kolei ostateczne wynagrodzenie wykonawcy wyniosło 66 613,68 zł i odpowiadało zleconej do wydrukowania ilości kart do głosowania. Tytułem odszkodowania zamawiający otrzymał kwotę 24 521,45 zł. Jednocześnie Gmina Miasta Tarnowa zważyła, że przedstawione zdarzenia miały miejsce w 2014 r., a od tego momentu minęły ponad trzy lata.

W dniu 10 lipca 2018 r. Zamawiający wykluczył z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w konsekwencji, uznając ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał m.in., że to okoliczności faktyczne, a nie przekonanie wykonawcy decydują o tym, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Oceniając zatem, czy wykonawca nienależycie w istotnym stopniu zrealizował umowę o zamówienie publiczne z Gminą Miasta Tarnowa Zamawiający wziął pod uwagę, że: 1) wobec wykonawcy Drukarni Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. zapadł ostateczny wyrok (sygn. akt: I Ca 428/15) zasądzący odszkodowanie na rzecz Zamawiającego Urzędu Miasta Tarnowa w wysokości 24 521,45 zł, co oznacza, że drukarnia była winna nienależytego wykonania umowy, 2) w wyniku nienależytego wykonania części zamówienia wybory musiały zostać powtórzone. W analizowanym stanie faktycznym ww. członek konsorcjum nienależycie wykonał umowę o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po jego stronie – to jego pracownik popełnił błąd na etapie przygotowania kart do wydruku. Sąd jednoznacznie ustalił winę wykonawcy, a okoliczność, że gmina przyczyniła się do powstania szkody nie wpływa na tę ocenę. Świadczy o tym zasądzone odszkodowanie na rzecz Urzędu Miasta Tarnowa. W związku z nieprawidłowym wydrukiem kart wybory musiały zostać powtórzone, a zatem konsekwencje nienależytego wykonania umowy były bardzo poważne, 3) wartość szkody (winy leżącej po stronie ww. wykonawcy) Sąd ustalił na kwotę 24 521,45 zł, co stanowi 23,4% wartości umownej oraz 36,8% wypłaconego wynagrodzenia umownego, 4) cel umowy, jaki zamierzał osiągnąć Zamawiający nie został zrealizowany oraz 5) Zamawiający Urząd Miasta Tarnowa uznał, że nienależyte wykonanie przedmiotowej umowy ma charakter istotny. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, nie sposób było uznać, że nienależyte wykonanie przedmiotowej umowy nie miało znamion istotności.

Dalej Zamawiający wskazał, iż skorzystanie z procedury samooczyszczenia jest samodzielną decyzją wykonawcy świadomego swojego „aktu nierzetelności”, który zgodnie ze stanem faktycznym oświadcza w treści JEDZ, że zaszyły wobec niego przesłanki wykluczające go z postępowania, ale podjął stosowne działania, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, które powodują, że Zamawiający uzna, iż podjęte przez wykonawcę działania powodują, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania – art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż ww. procedura nie może być wymuszona przez działanie Zamawiającego np. na wezwanie w związku z faktami ustalonymi przez Zamawiającego w toku postępowania. Przyjęcie odmiennego stanowiska skutkowałoby tym, że ustawa Pzp dopuszczałaby możliwość poświadczania nieprawdy przez wykonawcę i dopiero w przypadku, gdy wykonawca „zostałby złapany na gorącym uczynku”, Zamawiający nagradzałby go poprzez danie możliwości samooczyszczenia. (...) Dopuszczenie możliwości uzupełnienia JEDZ przez Zamawiającego (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) stanowiłoby de facto sanowanie zaniechań wykonawcy, który w wyniku co najmniej lekkomyślności wprowadza Zamawiającego w błąd w zakresie przedstawienia informacji, które mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający naruszyły więc art. 25a ust. 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – art. 7 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego za uruchomieniem ww. procedury nie przemawia również konstrukcja art. 26 ust. 1, 3, 3a i 4, art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1, które wprost nakazują Zamawiającemu wezwanie wykonawcy w przypadku zaistnienia określonych okoliczności, zaś przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp takiego działania po stronie Zamawiającego nie przewiduje. Biorąc pod uwagę ww. okoliczności Zamawiający stwierdził, że wykonawca zobowiązany był wskazać Zamawiającemu ww. okoliczności w oświadczeniu JEDZ, co dawałoby mu sposobność do przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Następnie Zamawiający uznał, że Odwołujący wypełniając dokument JEDZ zataił informacje, że od członka konsorcjum wykonawcy zasądzone odszkodowanie w związku z nienależytym wykonaniem umowy o zamówienie publiczne. Wykonawca, wbrew art. 25a ust. 2 i art. 24 ust. 9 ustawy, dokonał arbitralnej oceny, że nie zachodzi w stosunku do niego przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i w związku z tym lekkomyślnie założył, że nie ma obowiązku podania informacji na temat zasądzenia od niego odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem umowy o zamówienie publiczne w dokumencie JEDZ. W ocenie Zamawiającego nie ulegało wątpliwości, iż wykonawca udzielając odpowiedzi negatywne na pytanie JEDZ dotyczące znajdowania się wykonawcy w sytuacji, w której zasądzone od niego odszkodowanie w związku z wcześniejszą umową o zamówienie publiczne, podał informację nieprawdziwą, wprowadzającą w błąd Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż nie ulega wątpliwości, że informacje w tym zakresie mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Zamawiający nie mając wiedzy na temat zapadłych wyroków, nie powziąłby

wątpliwości w zakresie istnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń Zamawiający dokonałby oceny, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta zostałaby oceniona najwyżej, zgodnie z kryteriami oceny ofert przewidzianymi przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wykonawca lekkomyślnie założył, że z uwagi na fakt, iż w jego ocenie nie miało miejsca nienależyte wykonanie umowy w stopni istotnym, nie ma obowiązku poinformowania o tych okolicznościach Zamawiającego. Tymczasem ocena przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy do Zamawiającego i wykonawca, zatajając fakt zasądzenia od niego odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego pozbawia Zamawiającego możliwości dokonania tej oceny. W ocenie Zamawiającego nawet w sytuacji, gdy wykonawca oceniłby, że – w jego mniemaniu – nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, powinien złożyć Zamawiającemu, do upływu terminu składania ofert, stosowne wyjaśnienia w zakresie ww. okoliczności i własnego stanowiska. Takim postępowaniem uniknąłby zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie braku podstaw do wykluczenia i byłoby to zgodne z art. 25 ust. 2, art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zamawiający podał również, że stoi na stanowisku, iż nie ma prawa ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacji nieprawdziwie, do złożenia informacji niewadliwych. W końcu wskazał, iż skoro wykonawca uznał, że nie podlega wykluczeniu na zasadzie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to w tym postępowaniu nie ma możliwości zastosowania procedury self – cleaningu.

Jednocześnie w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz z uwagi na okoliczność, iż cena oferty z najniższą ceną, tj. oferty Przystępującego stanowiąca kwotę 22 403 088,81 zł przekraczała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, tj. 20 855 000 zł, Zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegający na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W tym miejscu podkreślić należy, iż skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę, podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, iż nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 782/17). Inaczej rzecz biorąc podczas oceny, czy dane informacje przedstawione przez wykonawcę wprowadziły w błąd zamawiającego, ponieważ były niezgodne z rzeczywistością należy ustalić i uwzględnić stan wiedzy zamawiającego. Podkreślić należy, iż wprowadzające w błąd informacje nie polegają na błędnej interpretacji, czy też kwalifikacji faktów znanych zamawiającemu.

Uwzględniając powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby członek konsorcjum Odwołującego wypełniając JEDZ w części III „Podstawy wykluczenia” pkt C rubryka „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” i udzielając w powyższym zakresie odpowiedzi negatywnej zataił informacje, że od Drukarni Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. zostało zasądzone odszkodowanie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa w związku z nienależytym wykonaniem wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne, co też

wprowadziło Zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania.

Jak wynika bowiem z ustaleń faktycznych Izby, zarówno w piśmie z dnia 19 czerwca 2018 r. stanowiącym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak i w piśmie z dnia 26 czerwca 2018 r. skierowanym do Gminy Miasta Tarnowa Zamawiający wskazywał, iż jest w posiadaniu informacji, że Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. nieprawidłowo zrealizowała umowę z dnia 15 października 2014 r. zawartą z Gminą Miasta Tarnowa, co też zostało potwierdzone przez Sądy obu instancji, które zasądziły od ww. wykonawcy na rzecz ww. Gminy stosowne odszkodowanie. Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, iż Zamawiającemu były znane okoliczności towarzyszące realizacji umowy z dnia 15 października 2014 r.

Takiego wniosku nie można również w ocenie Izby wyciągnąć w świetle złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2018 r. Zauważyć bowiem należy, iż Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie zaprzeczał ww. okolicznościom skąd inąd znanym Zamawiającemu, a zastosował się do treści wezwania Zamawiającego i przedstawił przyczyny uzasadniające treść złożonego w JEDZ oświadczenia w zakresie braku znajdowania się wykonawcy w sytuacji, w której na wykonawcę nałożone zostało odszkodowanie w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego. Jak argumentował Odwołujący w treści odwołania, w swoich wyjaśnieniach złożonych na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wskazał Zamawiającemu, iż stopień nienależytego wykonania umowy z dnia 15 października 2014 r. nie może być uznany za istotny w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na skalę nieprawidłowości oraz przyczynienie się samego zamawiającego do nienależytego wykonania zobowiązania. Powyższe w ocenie Izby świadczy o tym, iż Odwołujący udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, iż treść ww. pytania zawartego we wstępnym oświadczeniu wykonawcy pomija okoliczności wskazane przez ustawodawcę krajowego, tj. czy niewykonanie albo nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji nastąpiło w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto dostrzec należy, iż treść formularza JEDZ nie uwzględnia również okoliczności, o której mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp dotyczącej okresu, w którym wykluczenie wykonawcy w przypadku wskazanym m.in. w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp następuje. Wzór formularza JEDZ, jak sama nazwa wskazuje jest europejskim formularzem zamówienia i został określony

rozporządzeniem wykonawczym Komisji UE 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w konsekwencji czego jego treść nie odzwierciedla w pełni brzmienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w prawie krajowym, tj. w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby Zamawiający podczas oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 22 czerwca 2018 r. nie wziął pod uwagę ww. okoliczności i w sposób nieprawidłowy wysnuł zbyt daleki wniosek, iż członek konsorcjum Odwołującego przedstawił nieprawdziwe informacje w treści JEDZ w zakresie braku znajdowania się wykonawcy w sytuacji, w której nałożone zostało na wykonawcę odszkodowanie w związku z wcześniejszą umową o zamówienie publiczne, pomijając przy tym brzmienie przepisów krajowych, do których referował Odwołujący w swoich wyjaśnieniach.

Podsumowując powyższe stwierdzić trzeba, iż skoro zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności w niej wskazanych, to niespełnienie jednej z nich prowadzi do wniosku, iż brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie została spełniona przesłanka przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, zatem wykluczenie Odwołującego na ww. podstawie prawnej było nieuzasadnione.

Następnie Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 4, art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w przepisie przesłanki wystąpią łącznie. Nadto ww. podstawa wykluczenia wykonawcy musi zostać wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), natomiast wykluczenie wykonawcy jest możliwe, jeśli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) [dalej „dyrektywa”] instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie

do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż „Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znacząco wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny 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.”

Ponadto zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Z kolei zgodnie z ust. 9 ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Z ww. przepisów wynika zatem, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w ww. przepisie okoliczności zostaną spełnione łącznie, a ponadto nie mogą być one rozumiane dowolnie. Powyższe rodzi doniosłe obowiązki po stronie zamawiającego, który wykluczając

wykonawcę na ww. podstawie prawnej obowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie okoliczności określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jak i uzasadnić każdą z nich, co też jest istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo – wykazując, że niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy koncesji lub umowy w sprawie zamówienia publicznego miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2711/17).

W pierwszej kolejności w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy konieczne było ustalenie, czy nie doszło do upływu okresu 3 lat, w którym Zamawiający uprawniony byłby do zastosowania sankcji prawnej w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy w przypadkach, o których mowa m.in. w ust. 5 pkt 2 i 4 następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba uznała, iż pod pojęciem „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, prawidłowym będzie przyjęcie daty zaistnienia skutku niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy koncesji lub umowy o zamówienie publiczne określonego jako rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Dopiero bowiem łączne zaistnienie okoliczności określonych w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zatem wystąpienia przesłanki rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie prawnej. W świetle powyższego nie sposób w ocenie Izby przyjąć, iż celem ustawodawcy z jednej strony było przewidzenie możliwości zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania przy spełnieniu wszystkich określonych w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp okoliczności, z drugiej zaś by okres, w którym możliwe byłoby wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej był liczony, jak twierdził Odwołujący, od daty

niewykonania albo nienależytego wykonania umowy bez względu na datę wystąpienia skutków dopełniających zastosowanie ww. przesłanki.

Za powyższym poglądem zadaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę przemawia również relacja przepisów art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, iż obydwa przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiące fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, mają zastosowanie w sytuacji niewykonania albo nienależytego wykonania umowy, z tym jednak zastrzeżeniem, że zastosowanie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zaistnienia dodatkowej okoliczności w postaci skutku niewykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na rozwiązaniu umowy lub zasądzeniu odszkodowania. Tym samym w ocenie Izby konsekwencją ustanowienia przez ustawodawcę dwóch samodzielnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania związanych z niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę, których zastosowanie jest możliwe w sytuacji, gdy nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, winno być przyjęcie, iż zdarzenie, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności dopełniających niewykonanie albo nienależyte wykonanie umowy, tj. rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Podsumowując, zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo ustalił, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy w związku z wyrokiem Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r., na mocy którego zasądzono od członka konsorcjum Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnowa stosowne odszkodowanie nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia wykonawcy.

Przechodząc następnie do oceny okoliczności wskazanych w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, których kumulatywne spełnienie warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ww. podstawie prawnej, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 6 i art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, zważyć należy, iż w niniejszej sprawie, w świetle wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r. sygn. akt: I Ca 428/15, nie było sporne między Stronami, iż Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie – członek konsorcjum Odwołującego nienależycie wykonała umowę w sprawie zamówienia publicznego na druk kart do głosowania w wyborach na Prezydenta Miasta Tarnowa oraz Rady Miejskiej w Tarnowie przeprowadzonych w dniu 16 listopada 2014 r. zawarła z Gminą Miasta Tarnowa, będącą zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co też skutkowało zasądzeniem przez Sąd Okręgowy w Tarnowie od ww. wykonawcy na rzecz Gminy Miasta Tarnowa odszkodowania w kwocie 24 521,45 zł. Ponadto jak wynika z ww. wyroku Sąd Okręgowy, stopień zawinienia obu stron

postępowania był taki sam. W ocenie Sądu II instancji oczywistym było, iż obu stronom można było zarzucić winę nieumyślną w postaci niedbalstwa.

Osią sporu między Stronami była natomiast okoliczność, czy nienależyte wykonanie umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego przez członka konsorcjum Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnowa miało charakter istotny w świetle skali nieprawidłowości przy wykonaniu przedmiotowej umowy oraz przyczynienia się samego zamawiającego do jej nienależytego wykonania w 50%, które zostało stwierdzone przez Sądy obu instancji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby stopień nienależytego wykonania umowy zawartej przez członka konsorcjum Odwołującego z Gminą Miasta Tarnowa nie był istotny, gdyż w skali całej umowy owa nieprawidłowość nie była znaczna, zaś błędne wydrukowanie kart wyborczych w ilości 24 417 stanowiących 8,79% całego zlecenia, które nie zostały sprawdzone przez ww. zamawiającego wbrew obowiązkom wynikającym z umowy o zamówienie publiczne, było zdarzeniem jednokrotnym, któremu nie można przypisać uporczywego charakteru.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż ocena stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być dokonywana wyłącznie przez pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany albo nienależycie wykonany. Niewątpliwie dokonując oceny w ww. zakresie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, na które wskazuje ustawodawca unijny, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem.

W kontekście powyższego nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który brak istotnego stopnia nienależytego wykonania umowy z dnia 15 października 2014 r. wiązał z niemożliwością przypisania wykonawcy uporczywego niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba popiera stanowisko Przystępującego, który argumentował, iż oczywistym jest, że w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy polegające na jednorazowym wydrukowaniu określonej ilości takich samych egzemplarzy dokumentów nie może być mowy o uporczywym niedociągnięciu w spełnieniu istotnego wymogu, lecz o znaczącym niedociągnięciu. Niewątpliwie prawidłowy druk kart wyborczych był istotnym obowiązkiem wynikającym z umowy z dnia 15 października 2014 r., któremu członek konsorcjum Odwołującego nie sprostał.

W przedmiotowej sprawie skład orzekający Izby stwierdzając, iż stopień nienależytego wykonania wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne przez członka konsorcjum Odwołującego był istotny wziął pod uwagę okoliczności wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r., tj. stosunek zasądzonego przez Sąd II instancji na rzecz

Gminy Miasta Tarnowa odszkodowania w wysokości 24 521,45 zł do wypłaconego Drukarni Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. wynagrodzenia umownego w wysokości 66 613,68 zł, który wynosił 36,8% oraz do umownej wartości wynagrodzenia stanowiącej kwotę 104 880,00 zł, który odpowiadał 23,4%.

Nadto Izba wzięła również pod uwagę, iż cel umowy, który zamierzała osiągnąć Gmina Miasta Tarnowa nie został osiągnięty, ponieważ zamówiony produkt miał znaczące wady, które spowodowały niezdatność kart wyborczych do użytku zgodnie z ich przeznaczeniem. Na powyższą okoliczność wskazywał również Zamawiający w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. Izba nie mogła pominąć w swoich rozważaniach doniosłości skutków nienależytego wykonania zobowiązania przez członka konsorcjum Odwołującego, które finalnie doprowadziły do konieczności powtórzenia wyborów w jednym z okręgów wyborczych, co nie umknęło także uwadze Zamawiającego. Rozmiar skutków nieprawidłowego wykonania zobowiązania przez wykonawcę najpełniej, w opinii Izby, oddaje stanowisko Sądu Okręgowego w Tarnowie zawarte w wyroku z dnia 5 maja 2016 r., który uzasadnił, że: „Jeszcze raz warto podkreślić, iż celem społeczno – gospodarczym zobowiązania był druk kart do głosowania w wyborach samorządowych w 2014 r., które to karty pełnią doniosłą rolę w procesie wyborczym i ich treść ma znaczenie nie tylko dla wzajemnych relacji między stronami procesu, lecz karty te miały znaczenie ogólnie – społeczne i wywierały skutki w obszarze prawa publicznego, finansowego, administracyjnego, a także cywilnego nie tylko dla kandydatów na radnych, ale też wyborców w okręgu nr 3.”.

Bez znaczenia dla oceny istotności stopnia nienależytego wykonania omawianej umowy o zamówienie publiczne Izba uznała natomiast subiektywne stanowisko Gminy Miasta Tarnowa wyrażone w piśmie z dnia 27 czerwca 2017 r. w ww. zakresie. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż istotność nienależytego wykonania zobowiązania winna być oceniana nie w świetle subiektywnego przekonania danego zamawiającego, lecz w kategoriach dalece zobiektywizowanych.

Odnosząc się natomiast do drugiej okoliczności podnoszonej przez Odwołującego przesądzającej o braku możliwości przypisania istotnego charakteru nienależytemu wykonaniu umowy przez członka konsorcjum Odwołującego, tj. przyczynienia się zamawiającego – Gminy Miasta Tarnowa w 50% do nienależytego wykonania umowy Izba wskazuje, że ww. zakresie zgodzić należy się z Zamawiającym, jak i Przystępującym, którzy podnosili, iż przyczynienie się zamawiającego do powstania zdarzenia powodującego nienależyte wykonanie umowy stanowi okoliczność, która wpływa jedynie na rozmiar obowiązku odszkodowawczego zobowiązanego do naprawienia szkody. Jak wynika bowiem z treści art. 362 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza

do stopnia winy obu stron. Z powyższego w ocenie Izby należy wywieść, iż przyczynienie się zamawiającego – Gminy Miasta Tarnowa do nienależytego wykonania umowy przez członka konsorcjum Odwołującego nie przeczy istotności i wadze samych naruszeń, za które odpowiedzialność ponosił w 50% wykonawca, jak również nie zwalnia wykonawcy od odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, a wpływa wyłącznie na wysokość zasądzanego odszkodowania. W ocenie Izby, okoliczność przyczynienia się zamawiającego do nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wyłącza sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy spełnieniu pozostałych okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zauważyć trzeba, że gdyby w niniejszej sprawie, nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego łączącej Gminę Miasta Tarnowa z członkiem konsorcjum Odwołującego nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, to brak byłoby podstaw do zasądzenia odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania na rzecz poszkodowanej Gminy.

Konsekwencją powyższych ustaleń Izby jest stwierdzenie, iż w przedmiotowej sprawie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, a to z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający uniemożliwił odwołującemu się wykonawcy skorzystanie z instytucji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż zamawiający przed zastosowaniem przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest zobowiązany na mocy ww. przepisów umożliwić wykonawcy skorzystanie z procedury tzw. samooczyszczenia, w tym oceny wszystkich okoliczności związanych z tą procedurą, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia wykonawcy, jeżeli złożone przez niego dowody, przedstawione okoliczności oraz podjęte działania naprawcze pozwalają na stwierdzenie, iż dany wykonawca jest wykonawcą rzetelnym i gwarantującym prawidłowość postępowania w przyszłości.

Izba nie poparła stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, który wskazywał, że skoro Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. oświadczyła w JEDZ, iż nie zostało nałożone na nią odszkodowanie w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, to uznała, iż nie ma wobec niej potrzeby zastosowania procedury self – cleaning. W ocenie Izby powyższemu stanowisku przeczy m.in. treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 22 czerwca 2018 r. W powyższym zakresie Izba w pełni popiera pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 9 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 163/17, iż obowiązek umożliwienia wykonawcy przedstawiania dowodów na samooczyszczenie, jak literalnie stanowi przepis, dotyczy każdego wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei okoliczność, czy wykonawca nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego w stopniu istotnym ma charakter

obiektywny i nie zmienia go ewentualna błędna kwalifikacja przedstawiona przez wykonawcę w dokumencie JEDZ.

Tym samym, jeśli w przedmiotowej sprawie Zamawiający stał na stanowisku, iż Odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to powinien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ w zakresie części III pkt C wiersz 7, co też umożliwiłoby wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia. Za wypełnienie powyższego obowiązku nie można było uznać wezwania, jakie Zamawiający skierował do Odwołującego w dniu 19 czerwca 2018 r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, którego celem było li tylko wyjaśnienie przyczyn rozbieżności pomiędzy stanem wiedzy Zamawiającego a treścią oświadczenia członka konsorcjum Odwołującego złożonego w JEDZ w omawianym zakresie. Z wezwania, o którym mowa wyżej nie wynikało bowiem, iż Zamawiający wzywa wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ, czy też że uznaje, iż nienależyte wykonanie umowy przez członka konsorcjum Odwołującego z dnia 15 października 2014 r. miało charakter istotny.

Reasumując powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania bez umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, będący konsekwencją ww. zarzutów zasadniczych.

Za niezasadne Izba uznała natomiast zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a to z uwagi na okoliczność, iż ww. przepisy nie stanowiły podstawy prawnej ani faktycznej czynności Zamawiającego dokonanych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 705/17). W trybie

jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Z kolei unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 10 lipca 2018 r., nastąpiło w świetle okoliczności wskazanych w treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zaś jak wywodził Odwołujący na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co też czyni ww. zarzut niezasadnym. Dodać również należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania czy też zmiany zawartych w nim zarzutów. Z uwagi na powyższe argumentacja Odwołującego podnoszona w toku rozprawy, w ramach której odwołujący się wykonawca dokonał sprostowania wyrażonego w treści odwołania zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie mogła zostać przez Izbę uwzględniona.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....