

Sygn. akt: KIO 607/22

**WYROK**

**z dnia 28 marca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Bienias  
Anna Chudzik  
Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Alstom Pojazdy Szynowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Berlinie** w postępowaniu prowadzonym przez „PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Alstom Pojazdy Szynowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Berlinie** i

- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający „PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa 38 siedmiowagonowych składów piętrowych typu push-pull wraz z 45 lokomotywami wielosystemowymi oraz świadczeniem usług utrzymania lokomotyw wielosystemowych. Numer referencyjny: 20/WNP-006512/TUT.* Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 133-354886.

W dniu 3 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum: Alstom Pojazdy Szynowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Berlinie wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu Konsorcjum Spółek: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (dalej również « PESA ») oraz „NEWAG” S.A. (dalej również « NEWAG »), pomimo iż Konsorcjum to (dalej „Konsorcjum PESA – NEWAG”), winno zostać wykluczone z Postępowania, z uwagi na złożenie nieprawdziwego oświadczenia w treści dokumentu JEDZ, przedłożonego przez Spółkę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt. 7 i 8 oraz 10 i to w sytuacji, gdy naruszenie tych właśnie przepisów Zamawiający - zgodnie z treścią Ogłoszenia o Zamówieniu – sekcja III.1.1) ust. 1 pkt. 1b) str. 3 oraz pkt. 3 ust. 1) lit. k),l) n) str. 9 Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiającego – potraktował za bezwzględną, a nie fakultatywną podstawę wykluczenia danego Wykonawcy z Postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a) powtórzenie czynności oceny wniosku Konsorcjum PESA – NEWAG o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu prowadzonym w trybie Dialogu Konkurencyjnego, oraz

b) odrzucenie tego Wniosku, jako zawierającego nieprawdziwe oświadczenie i tym samym niezgodnego z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz postanowieniami Ogłoszenia o Zamówieniu oraz Opisem Potrzeb i Wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w treści Ogłoszenia o Zamówieniu - sekcja III.1.1) ust. 1 pkt. 1b) str. 3, precyzyjnie wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, wobec których nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 4- 10 Ustawy PzP. Ponadto, zasadę tę powtórzono w Rozdziale VIII ust. 3 ust. 1) lit. k),l) n) str. 9 Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiającego, wskazując również w Rozdziale XIV ust. 1 str. 22, że Zamawiający odrzuci wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w przypadku zaistnienia wobec niego przesłanek wykluczenia określonych w Ustawie PzP.

Biorąc powyższe pod uwagę kwestią bezsporną jest, iż dokumentacja przetargowa zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy PzP, traktuje fakultatywne przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7,8,9,10 ustawy o zamówieniach publicznych, jako wiążące, co oznacza, że ich zaistnienie powoduje automatyczne odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art.109 ust 1 pkt 7 pkt z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sekcji III.1.1) ust. 2 str. 3 Ogłoszenia o Zamówieniu wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) jako dowodu potwierdzającego, na dzień składania wniosków, brak podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w wykonaniu tego obowiązku jako jeden z konsorcjantów PESA – Newag ubiegających się o zamówienie, złożyła stosowny dokument JEDZ, wskazując w punkcie stanowiącym odpowiedź na pytanie, czy: Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza Umowa w sprawie zamówienia publicznego (....) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie (...) Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat, że taka sytuacja nie miała miejsca. Tym samym, Spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. jednoznacznie wskazała w tym punkcie dokumentu JEDZ, że w

okresie ostatnich 3 lat (zgodnie art. 111 pkt. 4 ustawy PzP) żadna z przesłanek wykluczenia określona w przepisie art. 109 ust.1 pkt. 7 Ustawy PzP nie zaistniała, (a nie na przykład, że przesłanka taka wystąpiła, tylko spółka przedsięwzięła środki w celu tzw. „samooczyszczenia”, zgodnie z art. 110 ust. 2 Ustawy PzP).

Odwołujący wskazuje, że jednoznaczne oświadczenie Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. należy je skonfrontować z faktami, z których wprost wynika, iż jest to nieprawda. W szczególności potwierdzeniem tego faktu są oficjalne dokumenty Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Z nich bezspornie wynika, że spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. działająca na rynku dostaw pojazdów szynowych dla podmiotów publicznych potwierdza, że wobec niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych została zmuszona do zapłaty kar uznając (przynajmniej częściowo) zasadność ich naliczenia.

Biorąc powyższe okoliczności i fakty pod uwagę nie ulega wątpliwości, że fałszywe oświadczenie złożone przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w dokumencie JEDZ stanowi przesłankę skutkującą wykluczeniem Konsorcjum PESA – NEWAG z Postępowania i powodującą konieczność odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Odwołujący dalej wskazuje, że powyższa konkluzja wynika również z faktu, że o ile przesłanka tzw. „poważnego wykroczenia zawodowego” ma charakter ocenny, to przesłanka dotycząca faktu rozwiązania albo odstąpienia od umowy lub naliczenia bądź zapłaty odszkodowania ma charakter obiektywny. Obowiązkiem zatem każdego Wykonawcy przedstawiającego dokument JEDZ jest ujawnienie takiej informacji, nawet jeżeli Wykonawca ten nie uznaje swojej winy co do okoliczności niewykonania albo nienależytego wykonania zobowiązania. Okolicznością istotną jest bowiem wyłącznie obiektywny fakt zapłaty odszkodowania albo przedwczesnego rozwiązania umowy.

Odwołujący powołuje się na orzeczenie KIO nr 706/20, w którym stwierdzono, że rubryka ta (JEDZ) całkowicie pomija element odpowiedzialności / winy po którejkolwiek strony o zamówienie publiczne. Ten aspekt podnoszony jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która brzmi jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat. W sprawie zostało wykazane, że doszło do rozwiązania przed czasem umowy (...) W tych okolicznościach odpowiedź negatywna na ww. pytanie JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (...) Tym samym zaistniała przesłanka wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący powołuje się na orzecznictwo sądowe, w szczególności wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku sygn. akt XXIII Ga 469/19, z dnia 14 października 2017 sygn. Akt XXIII Ga 9218/17, a także orzeczenia KIO z 30 stycznia 2019 sygn. akt 80/19 i

24 czerwca 2020 sygn. akt 250/20. Odwołujący dalej stwierdza, że powyższe orzecznictwo, pomimo że wydane na podstawie poprzednich przepisów ustawy PzP, zachowuje swoją aktualność i jest warte przywołania, gdyż wynika z niego, że w sytuacji podania nieprawdziwej informacji w JEDZ Zamawiający powinien wykluczyć Wykonawcę z postępowania.

Odwołujący dalej wskazuje, że tożsame stanowisko wyraził również skład orzekający KIO w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 roku, sygn. akt KIO 80/19: stwierdzając „Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: "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?" należało odpowiedzieć twierdząco. Izba podkreśla, że twierdząca odpowiedź na przytoczone wyżej pytanie nie jest uzależniona od faktu, iż do przedwczesnego rozwiązania umowy doszło z winy którejkolwiek ze stron, w szczególności z winy wykonawcy. Pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia polegającego na wcześniejszym rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji odwołujący, który udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie, wprowadził zamawiającego w błąd (...) W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy z (...), dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa”. Odwołujący wskazuje, że w tym samym wyroku Izba zwraca również uwagę na istotne znaczenie informacji przekazywanych zamawiającym w JEDZ - otóż wobec odformalizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co znajduje odzwierciedlenie m. in. w braku załączania do oferty kompletu dokumentów obrazujących spełnienie warunków oraz braku podstaw do wykluczenia) JEDZ stał się głównym źródłem informacji na temat wykonawców na etapie następującym po złożeniu ofert. Zatem wszelkie informacje ujęte w tym dokumencie muszą być precyzyjne i kategoryczne.

Odwołujący wskazuje dalej, że Konsorcjum PESA – Newag jako profesjonalista działający na rynku zamówień publicznych z pewnością zdawała sobie sprawę, z konsekwencji podania nieprawdziwej informacji w dokumencie JEDZ Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Konsorcjum PESA – NEWAG swoim działaniem, w postaci nie udzielenia zgodnej z prawdą pozytywnej odpowiedzi na pytanie ujęte w JEDZ i nie załączenie informacji o tzw. „samooczyszczeniu” musiało zakładać, że jego wniosek zostanie odrzucony, jeżeli nie na etapie weryfikacji przez Zamawiającego - który ma taką wiedzę w związku z faktem naliczenia takiej kary na rzecz PESA w ramach innego postępowania przetargowego, to na etapie postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający posiadał wiedzę o naliczeniu kary umownej wobec PESA (ponieważ to Zamawiające tę karę naliczył), to miał on obowiązek wzięcia pod uwagę tej okoliczności, a w konsekwencji Zamawiający powinien odrzucić wniosek Konsorcjum PESA – NEWAG.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazywał, że odwołanie podlega oddaleniu, gdyż nie postawiono w nim żadnego konkretnego zarzutu. W odwołaniu nie wskazano, o jakie nieprawdziwe informacje chodzi. Ogólnikowe stwierdzenia nie stanowią skonkretyzowania zarzutu. Aby Zamawiający mógł odnieść się do zarzutu, musiałby go poznać. Tymczasem Odwołujący nie wskazał ani jednej konkretnej okoliczności, z którą oświadczenie Przystępującego byłoby sprzeczne. Nie wskazał, o jakie rozwiązanie umowy chodzi, kiedy dokonane, od jakiej umowy, przez jakiego zamawiającego. Podobnie nie wskazał, o jakie kary chodzi, czy mają charakter odszkodowania, jakiej umowy dotyczą, kiedy i przez kogo nałożone.

Zamawiający wskazuje, że treść odwołania nie spełnia wymogów odwołania, przede wszystkim dlatego, że nie pozwala Zamawiającemu na weryfikację oceny kwestionowanego wniosku w świetle faktów dotyczących Przystępującego (gdyż te fakty nie zostały przedstawione).

Zamawiający dalej wskazuje, że z ostrożności, gdyby jednak Izba uznała, że zarzut odwołania został sformułowany, Zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw do odrzucenia wniosku Przystępującego, gdyż interpretacja przepisów przedstawiona przez Odwołującego jest nieprawidłowa.

Zamawiający wskazuje na charakter JEDZ – a. Przede wszystkim oświadczenia w JEDZ nie mogą być interpretowane w oderwaniu od przepisów ustawy Pzp, dotyczących podstaw wykluczenia. Odwołujący zarzuca w odwołaniu, że PESA podała nieprawdziwe informacje w JEDZ. Nie można pominąć tego, że Jednolity Europejski Dokument Zamówienia jest skierowany do stosowania we wszystkich Państwach członkowskich UE. Stąd, w części III JEDZ w sekcji C „**PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI**” na samym wstępie wyjaśniono, że „niektóre z poniższych podstaw wykluczenia mogą być zdefiniowane bardziej precyzyjnie w prawie krajowym” (niż w treści JEDZ): „Należy zauważyć, że do celów niniejszego zamówienia niektóre z poniższych podstaw wykluczenia mogą być zdefiniowane bardziej precyzyjnie w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia.

Tak więc prawo krajowe może na przykład stanowić, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” może obejmować kilka różnych postaci zachowania stanowiącego wykroczenie”.

Zamawiający wskazuje, że tak właśnie jest w prawie polskim, gdzie przesłanki wykluczenia z art. 109 Pzp są nieco inaczej sformułowane w przepisach niż w JEDZ. Stąd, odpowiadając na pytanie z JEDZ: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa z wprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

wykonawca odpowiada w istocie, czy zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp:

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

Zamawiający dalej wskazuje na instrukcję UZP odnośnie wypełniania JEDZ. Powiązanie pytania z JEDZ z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp potwierdza instrukcja wypełniania JEDZ, dostępna na stronach [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl), gdzie wyjaśniając ww. pytanie wskazano: *W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępowstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.*



Zamawiający wskazuje, że jest to znacznie bardziej odpowiadająca przepisowi polskiemu interpretacja pytania JEDZ, niż przedstawiona przez Odwołującego. Warto przypomnieć, że odnośne pytanie w JEDZ brzmiało tak samo również w okresie obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., a co do którego instrukcja wypełniania JEDZ była inna: *W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nie należycie wykonywał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia 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.*

Zamawiający wskazuje, że orzeczenia zacytowane przez Odwołującego w odwołaniu dotyczyły stanu prawnego ustawy Pzp z 2004 r. (KIO 706/20, KIO 250/20, KIO 80/19), gdyż nowa Pzp zaczęła obowiązywać od dnia 01.01.2021 r.

Zamawiający dalej wskazuje na wykładnię oświadczenia JEDZ wskazaną w OPiW. Zamawiający wskazuje, że nie można traktować oświadczenia w JEDZ w oderwaniu od przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, skoro w Załączniku nr 3 do Opisu Potrzeb i wymagań (OPiW) - „JEDZ – wzór” określono na żółtym tle wytyczne Zamawiającego odnośnie wypełniania JEDZ.

Zamawiający wskazuje, że jeśli chodzi o pytanie, na które jakoby PESA odpowiedziała nieprawdę, zalecenie Zamawiającego brzmiały następująco:

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 <b>rozwiązana przed czasem</b> , lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? <b>Jeżeli</b>	<input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie [...] <b>PODLEGA UZUPEŁNIENIU PRZEZ WYKONAWCĘ</b> <b><i>(wstępne potwierdzenie, iż na dzień składnia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia, z uwagi na okoliczności wskazane w art. 109 ust. 1 pkt. 7) Ustawy Pzp)</i></b>
--	---

<p><b>tak</b>, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:</p>	
<p><b>Jeżeli tak</b>, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? <input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie</p> <p><b>Jeżeli tak</b>, proszę opisać przedsięwzięte środki: [.....]</p>	

Zamawiający wskazuje, że wykonawca miał obowiązek odpowiedzieć „TAK” tylko wtedy, gdyby podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Nie był do tego zobowiązany, jeśli zachodziłaby jedna z poniższych okoliczności:

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy;
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie nie miało miejsca w znacznym stopniu lub zakresie;
- odstąpienie od umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający dalej wskazuje na kwestię nieprawdziwych informacji. Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący mówi o nieprawdziwych informacjach w odniesieniu do samej treści JEDZ, a nie w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Jeśli Odwołujący inaczej niż Przystępujący i Zamawiający interpretuje przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, to trudno mówić o wprowadzeniu Zamawiającego przez Przystępującego w błąd, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 9) Pzp:

8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;*

10) *który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający wskazuje, że to Przystępujący musiałby oceniać, że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp ze wszystkimi wymaganymi w tym przepisie elementami:

- 7) z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie

nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,  
co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady  
- aby zaznaczyć „TAK” w odpowiedzi na pytanie w istocie odnoszące się do tego, czy wszystkie powyższe elementy są wobec niego spełnione.

Zamawiający wskazuje, że jeśli Odwołujący uważał, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, powinien w odwołaniu ją wykazać, gdyż tylko w ten sposób udowodniłby samo wprowadzenie w błąd. Jednak odwołanie zarzutu z art. 109 ust. 1 pkt 7) nie zawiera, gdyż Odwołujący oczekiwał zerojedynkowego oświadczenia, czy umowa została rozwiązana przed czasem, nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje, czy też nie. Odwołujący oderwał pytanie od przesłanki wykluczenia, co jest niewłaściwe, gdyż nie o to Zamawiającemu chodziło, co wyraźnie zaznaczył w załączniku nr 3 do OPiW.

Zamawiający wskazuje dalej na kwestię nakładania kar umownych w umowach o zamówienie publiczne. Kary umowne są niezależne od szkody. Oczywiście mogą stanowić substytut odszkodowania, jednak nie jest tak zawsze. Kary umowne służą temu, aby Zamawiający nie musiał dokonywać analizy, czy poniósł szkodę, czy nie. Kary mają też różną funkcję w umowach, nie tylko funkcję kompensacyjną, ale też gwarancyjną albo mobilizującą.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu ani jednej konkretnej kary umownej. Gdyby zarzut był prawidłowo sformułowany poprzez skonkretyzowanie, o jaką karę umowną chodzi, za co nałożoną, przez kogo i na jaką kwotę, można byłoby się zastanawiać, czy kara ta stanowi substytut odszkodowania, czy też nie. Wówczas można byłoby ocenić również, czy wykluczenie wykonawcy z powodu kary byłoby proporcjonalne, czy nie. Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp: W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że nie można pominąć sposobu interpretacji powyższej przesłanki wykluczenia, wskazanej w pkt 101) preambuły do dyrektywy klasycznej 2014/24/UE:

(101) Ponadto instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni (...) 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 znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy.** 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.

Z powyższego wynika, że wykluczenie nie następuje z automatu w każdym przypadku. Konkretnie przypadki muszą być badane pod wieloma kątami.

Zamawiający dalej wskazuje na kary umowne w branży dostaw, modernizacji i napraw pojazdów kolejowych. Zamawiający wskazuje, że co do zasady wykonawcy, którzy realizują u Zamawiającego duże kontrakty taborowe, zawierane w trybie ustawy Pzp, mają nakładane kary umowne. Dotyczy to wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie udziału w niniejszym postępowaniu, z którymi Zamawiający współpracował na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego w ciągu ostatnich 3 lat. Sytuacja nie dotyczy tylko dwóch wykonawców, którzy akurat w ciągu ostatnich 3 lat nie realizowali kontraktów Pzp na rzecz Zamawiającego. Zalicza się do nich Odwołujący. To, że nie realizowali umów w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza, że są bardziej rzetelni niż pozostali wykonawcy.

Ustanawiając fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp Zamawiającemu nie chodziło o podawanie w JEDZ przez wykonawców informacji o nakładanych na nich karach umownych, gdyż kary umowne są powszechne w realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, są sposobem rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą. Zamawiający interpretował oświadczenie w JEDZ przez pryzmat art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/WE:

*g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie*

**koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.**

Zamawiający wskazuje, że zwykła kara umowna niekoniecznie musi być surogatem odszkodowania.

Zamawiający zastosował fakultatywne przesłanki wykluczenia, gdyż zależało mu i nadal zależy na wykonawcach poważnych i rzetelnych. Zdając sobie sprawę z zainteresowania zamówieniem przez wykonawców nieznanymi Zamawiającemu, Zamawiający nie chciał pozostawać bez żadnej możliwości obrony przed dopuszczeniem do postępowania wykonawców nierzetelnych. Nie można zapominać, czemu ma służyć omawiana przesłanka wykluczenia – badaniu rzetelności wykonawcy. Zamawiający jest w stanie najlepiej ocenić, czy mimo nakładanych kar, spełnienie wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp ma miejsce w stosunku do kontraktów realizowanych u tego właśnie Zamawiającego, a co więcej, czy wykluczanie wykonawcy z powodu kar umownych byłoby proporcjonalne. Z tym, że Odwołujący akurat nie dał Zamawiającemu, ani Izbie możliwości takiej oceny, gdyż nie postawił zarzutu odnośnie konkretnych kar.

Zamawiający dalej wskazuje na kwestię odstąpienia przez innych zamawiających. Zamawiający wskazuje, że nie wie, czy „zarzut” odwołania dotyczy odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z ostrożności wskazuje w tym zakresie na tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2021 r., KIO 1482/21:

*„Odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Tym samym wszystkie, istotne z punktu widzenia zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania wskazanych umów, powinny znaleźć swoje szczegółowe i wyraźne odzwierciedlenie w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego”.*

Zamawiający wskazuje, że jeśli Odwołujący chciał zarzucić, że jakieś konkretne odstępnie mieściło się w przesłankach z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, powinien był to wykazać. Wymagałoby to przede wszystkim wskazania, o jakie odstępnie od umowy chodzi.

Zamawiający wskazuje także na interes Odwołującego. Zamawiający wskazuje, że z uzasadnienia interesu Odwołującego w złożeniu odwołania wynika jasno, że Odwołujący niniejszym odwołaniem dąży do ograniczenia konkurencji, gdyż wprost napisał na stronie 4 odwołania, że uwzględnienie odwołania *„automatycznie zwiększa szanse zarówno Odwołującego i jak i innych potencjalnych Wykonawców w pozyskaniu zamówienia”*.

Zamawiający wskazuje, że inni wykonawcy nie złożyli przystąpienia po stronie Odwołującego, co oznacza, że nie podzielają jego argumentacji. Wybiórcza interpretacja oświadczeń w JEDZ, próba wyciągnięcia dopiero niniejszym odwołaniem informacji, które mogłyby posłużyć do sformułowania zarzutu świadczą, zdaniem Zamawiającego, o instrumentalnym potraktowaniu przez Odwołującego środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie. Zamawiający podkreślił, że czynności Zamawiającego żadnego z wykonawców, w tym Odwołującego, nie dyskryminują. Zamawiający traktuje wszystkich wykonawców tak samo, natomiast odwołanie zmierza do ograniczenia konkurencji w sposób nieuprawniony.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz NEWAG S.A.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

**Stan faktyczny:**

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2022 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie w niniejszym postępowaniu (numer pisma: BFZ4-073-310/2022).

W pkt II ww. pisma, Zamawiający wskazał, że w wyniku badania wniosków na podstawie art. 146 ust. 1 w zw. z art. 176 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający ustalił, że następujący Wykonawcy złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu:

- 1) Konsorcjum w składzie: Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. ul. Fabryczna 12, 53-609 Wrocław i Bombardier Transportation GmbH z siedzibą w Eichhornstraße 3, 10785 Berlin, Niemcy;
- 2) H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 61-485 Poznań;
- 3) Konsorcjum w składzie: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz i „NEWAG” Spółka Akcyjna ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz;
- 4) Siemens Mobility Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa;
- 5) ŠKODA TRANSPORTATION a.s. z siedzibą w Emila Škody 2922/1, Jižní Předměstí, 301 00 Pilzno, Republika Czeska;
- 6) Stadler Polska Sp. z o.o. ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce.

Zamawiający w pkt III pisma ustalił, że odrzuceniu podlega wniosek złożony przez Konsorcjum w składzie: **CRRC ZELC Verkehrstechnik GmbH** Donau-City-Straße 7 / Top C / 27. OG, 1220 Wiedeń, Austria i **Vossloh Locomotives GmbH** Doktor-Hell-Strasse 6, 24107 Kiel, Niemcy oraz **CRRC Zhuzhou Locomotive Co.,Ltd.** No. 1 Tianxin Road Shifeng District, 412001 Zhuzhou, Hunan Chiny (dalej „Konsorcjum”).

W wyniku wniesionego odwołania przez Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości. Dodatkowo Zamawiający wniósł pismo procesowe z dnia 21 marca 2022 r.

Odwołujący wniósł również pismo procesowe z dnia 21 marca 2022 r.

Przystępujący do postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz NEWAG S.A. pismem z dnia 21 marca 2022 r. wnieśli odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

### **Stan prawny:**

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

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

### **Stanowisko Izby:**

Zarzuty Odwołującego w zakresie zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia konsorcjum Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu z postępowania, mimo że spełnione są przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp są zdaniem Izby niezasadne, ponieważ Odwołujący nie skonkretyzował zarzutów zawartych w odwołaniu.



Izba zważa, że spór dotyczył pytania zawartego w JEDZ: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa z wprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Przystępujący odpowiedział na powyższe pytanie „NIE” i zdaniem Odwołującego złożył tym samym nieprawdziwe oświadczenie.

Izba zważa, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do Opisu potrzeb i wymagań stanowiącym instrukcję wypełnienia JEDZ określoną przez Zamawiającego, jak i instrukcją wypełniania JEDZ przygotowaną przez Urząd Zamówień Publicznych co do powyższego pytania wynika jednoznacznie, że wykonawca odpowiada co do wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Norma zawarta ww. przepisie stanowi, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”.

Izba zwraca uwagę na sposób sformułowania zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił zarzutów, o których mowa w art. 516 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). O ile, zdaniem Izby można mówić o wskazaniu podstaw prawnych przez Odwołującego, ale zabrakło okoliczności faktycznych, jak i dowodów na poparcie twierdzeń Odwołującego.

Tym samym zdaniem Izby nie doszło do skonkretyzowania zarzutów przez Odwołującego (podnosił to również Zamawiający na rozprawie), ani co do przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7, a co się z tym wiąże również przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób na tyle ogólnikowy, że nie pozwalały poznać zasadniczych twierdzeń Odwołującego co do okoliczności faktycznych, na których zostały oparte.

Izba zważa, że Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych, tj. o jakie rozwiązanie

umowy chodzi, od jakiej umowy, przez jakiego Zamawiającego zostały naliczone kary umowne i w jakiej wysokości. Izba zgadza się z Zamawiającym, że aby zamawiający mógł się odnieść się do zarzutu, musiałby go poznać.

Izba zważa, że Przystępujący również na rozprawie podnosił, że Odwołujący nie wskazał o jakie umowy chodzi między przystępującym a zamawiającym, kiedy te umowy miały zostać zawarte, kiedy miały miejsce zdarzenia, które byłyby podstawą do naliczenia kar umownych, kiedy miałyby być naliczone.

Izba zważa, że Odwołujący jedynie wskazał na „oficjalne dokumenty Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.”, ale nie wiadomo o jakie dokumenty chodzi, z których by wynikało, że przystępujący „został zmuszony do zapłaty kary” oraz że „zamawiający posiada wiedzę o naliczeniu kary umownej wobec PESA”.

Izba zważa, że Odwołujący powołuje się na umowy (kontrakty) zawarte z podmiotami publicznymi, które miały być niewykonane lub nienależycie wykonane, a z których miałyby wynikać roszczenie o zapłatę kar umownych. Odwołujący nie przedstawił jednak w odwołaniu żadnych konkretnych twierdzeń w tym zakresie.

Następnie, dopiero pismem z dnia 21 marca 2022 r. Odwołujący doprecyzował zarzuty odwołania, uzupełniając je w pewnym stopniu o wskazanie okoliczności faktycznych, na których te zarzuty oparł.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy.

Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 nowej ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się

niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Tym samym Odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu nie tylko podstawę prawną zarzutów, ale też co istotne, okoliczności faktyczne, na których te zarzuty opiera. Tylko tak sformułowane zarzuty umożliwiają stronie przeciwnej jakąkolwiek weryfikację ich zasadności oraz należyte przygotowanie swojego stanowiska procesowego. Jednocześnie wskazać należy, że nie jest dopuszczalne uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutów dopiero w toku postępowania odwoławczego, pod pozorem przedstawiania dowodów. Zatem twierdzenia przedstawione dopiero w piśmie procesowym Odwołującego należy uznać za spóźnione.

Tym samym zdaniem Izby Odwołujący nie sformułował zarzutów odwołania w sposób umożliwiający weryfikację ich zasadności i już tylko z tego powodu należy uznać, że odwołanie nie mogło podlegać uwzględnieniu. W związku z tym bezprzedmiotowe było dokonywanie przez Izbę oceny, czy określone zdarzenia, które miały miejsce w toku wykonywania umów przez Przystępującego (jak np. zapłata kar umownych) wypełniały ustawowe przesłanki wykluczenia z postępowania. Izba nie może bowiem, działając z urzędu, ustalać zakresu faktycznego zarzutów, nie może też badać okoliczności faktycznych, które nie były podstawą zarzutów odwołania, a zostały określone dopiero po upływie terminu na jego wniesienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

