

Sygn. akt: KIO 2573/20

WYROK
z dnia 03 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 października 2020 r. przez Odwołującego **IVIA S.A. (Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U. (ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego **Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **IVIA S.A. (Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przystępującego **Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **IVIA S.A. (Al. Roździeńskiego 91, 40-203 Katowice)** kwotę **18600 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 (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Opracowanie dokumentacji dla zadania „Prace na odcinku Katowic - Zawodzie – Mysłowice – Sosnowiec Jęzor wraz z dobudową torów aglomeracyjnych oraz na obwodnicach towarowych GOP na odcinku Katowice Muchowiec - Chorzów Stary - Piekary Śl. Szarlej - Radzionków, wraz z przyległymi łącznicami” w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 138 na odcinku Katowice - podg. Szabelnia - Mysłowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 064-154144.

Odwołujący IVIA S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż Odwołujący powołując się na zasoby udostępnione przez Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu; art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Multiconsult Polska sp. z o.o. nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez zatajenie informacji o rozwiązanych umowach, gdyż w odniesieniu do Multiconsult Polska sp. z o.o. nie występują przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W punkcie 9.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że „w celu wstępnego wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik Nr 6a do IDW.

W celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Wykonawca ograniczy się do ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji poprzez wypełnienie sekcji w części IV i nie wypełnia żadnej z pozostałych sekcji w części IV

Jednolitego Dokumentu”.

Zamawiający w punkcie 9.3 IDW wskazał także, że: „Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu składa także Jednolity Dokument dotyczący każdego z tych podmiotów, którego wzór stanowi Załącznik Nr 6a do IDW wraz ze zobowiązaniem, którego wzór stanowi Załącznik Nr 4 do IDW”.

Zgodnie z punktem 8.3.2 IDW Zamawiający będzie oceniał, czy udostępnione Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 Ustawy (z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d) Ustawy) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 Ustawy.

Zamawiający wskazał ponadto, że: „Zasady wypełniania Jednolitego Dokumentu zostały zamieszczone na stronie [https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/jednolity-europejski-dokument-zamowienia.](https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/prawo-zamowien-publicznych-regulacje/prawo-krajowe/jednolity-europejski-dokument-zamowienia)”

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 04.08.2020 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 Ustawy do zastąpienia podmiotu trzeciego Sudop Praha a.s. (udostępniającego swoje zasoby) nowym podmiotem trzecim lub do osobistego wykonania części zamówienia, których udostępnienie dotyczyło, ponieważ podmiot ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. W wyniku czego Wykonawca zastąpił podmiot trzeci Sudop Praha a.s. przedstawiając zobowiązanie podmiotu trzeciego Multiconsult Polska Sp. z o.o. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na potrzeby prowadzonego postępowania w dniu 12.08.2020 r. Multiconsult Polska Sp. z o.o. złożył JEDZ wraz z następującym oświadczeniem „Na potrzeby prowadzonego postępowania w dniu 12.08.2020 r. Multiconsult Polska Sp. z o.o. złożył JEDZ wraz z następującym oświadczeniem „Multiconsult Polska Sp. z o.o. informuje, iż na początku 2018 roku odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, będącego stroną tejże umowy.

Informację powyższą Multiconsult Polska Sp. z o.o. przekazuje mając na uwadze, iż Zamawiający (PKP PLK S A.) ustalił w niniejszym postępowaniu, iż do wykonawców

zastosowanie będzie miała podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Wyjaśniamy i podkreślamy jednocześnie, iż w ocenie Multiconsult Polska Sp. z o.o. nie zachodzą wobec nas wskazane wyżej podstawy wykluczenia. Niemniej, z uwagi na obligatoryjne podstawy wykluczenia z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a także istniejący pomiędzy tamtym zamawiającym a nami spór w ww. sprawie, przekazujemy ww. informację z ostrożności, nie chcąc, by na tle oświadczenia zawartego w JEDZ o niepodleganiu wykluczeniu, zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości co do ewentualnego przekazania informacji wprowadzających Zamawiającego, tj. PKP PLK S.A. w błąd.”

W treści dokumentu Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) firma Multiconsult Polska sp. z o.o. wskazała, że nie znajdowała się w sytuacji, w której 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.

W wyniku przeprowadzonych czynności przez Zamawiającego Wykonawca wskazał, że odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Multiconsult Polska Sp. z o.o. w 2018 roku nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie spółki, a dotyczyło to umowy ML4140.9.2016.WS zawartej dnia 9 maja 2016 r. z Lubuskim Zarządem Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Zielonej Górze.

W dniu 17.09.2020r. Zamawiający powziął informację, że firma Multiconsult Polska Sp. z o.o. w oświadczeniach składanych w innych postępowaniach wskazała na sytuację rozwiązania innych umów, niż tylko umowy z Lubuskim Zarządem Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Zielonej Górze.

Zamawiający stwierdził, że z powyższych okoliczności wynika, że w niniejszym postępowaniu Multiconsult Polska Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez zatajenie informacji o rozwiązanych ww. umowach i wykluczył Odwołującego z postępowania.

Uzasadniając swoje stanowisko przytoczył stan faktyczny, jak również wskazał następujące okoliczności:

„Multiconsult Polska Sp. z o.o. w sposób celowy oraz świadomy zaniechał złożenia ww. informacji, co stanowi przesłankę do jego wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy lub co najmniej art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. W zakresie ww. przesłanek wykluczenia poza przedmiotem rozważań jest okoliczność z czyjej winy nastąpiło odstąpienie.

Multiconsult Polska Sp. z o.o. był obowiązany poinformować Zamawiającego o fakcie rozwiązania ww. umów, zaniechanie podjęcia działań w tym zakresie należy poczytywać jako wypełniające znamiona przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy lub co najmniej art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że Multiconsult Polska Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, w związku z tym podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy (...)

Tym samym Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW (...) tj.

- 1) wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 2 (dwa) Studia Wykonalności o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto każde, przy czym każde ze studium wykonalności musi dotyczyć inwestycji kolejowej oraz co najmniej 1 (jednej) wielobranżowej dokumentacji projektowej (Projekt Budowlany lub Projekt Wykonawczy) o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto, obejmującej tory, sieci, urządzenia sterowania ruchem i obiekty inżynieryjne;
- 2) dysponowania osobą zdolną do wykonania Zamówienia, tj. Koordynatora Projektu (1 osoba) posiadającą
 - wyższe wykształcenie,
 - doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który zrealizował w okresie ostatnich 5 lat minimum 2 opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowych w zakresie transportu kolejowego,a więc podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy”.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie. W treści odwołania w pierwszej kolejności wyjaśnił, że w ww. uzasadnieniu Zamawiający nie podał, o jakie konkretnie inne (niż umowa z Lubuskim Zarządem Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze) rozwiązane umowy, które w jego ocenie zostały zatajone przez Multiconsult, chodzi.

Odwołujący wyjaśnił także, że powziął wiadomość od spółki Multiconsult, iż wspomniane informacje mogły zostać powzięte przez Zamawiającego z pisma zatytułowanego *Informacja wykonawcy*, skierowanego przez Multiconsult do Zamawiającego w dniu 17 września 2020 r. w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym piśmie Multiconsult przedstawił szczegółowe i obszernie wyjaśnienia co do braku zastosowania w odniesieniu do niego fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wyjaśnienia te zostały przedstawione Zamawiającemu jedynie z daleko posuniętej ostrożności, co znalazło wyraz

we wprowadzeniu do tego pisma.

Informacje zawarte w piśmie z dnia 17 września 2020 r. zostały objęte przez Multiconsult Polska sp. z o.o. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wskazał Odwołujący, z uwagi na brak występowania w odniesieniu do Multiconsult Polska sp. z o.o. podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, podmiot ten nie był zobowiązany do dokonania samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, w tym do złożenia dowodów na potwierdzenie, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jednocześnie Pzp, nie obliguje wykonawców do złożenia dowodów na potwierdzenie, że nie zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jedynym środkiem dowodowym przewidzianym przez ustawę w tym wypadku jest oświadczenie wykonawcy, które zostało złożone w JEDZ.

Odwołujący wskazał na stanowisko Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu wykluczenia, że w zakresie przesłanki uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp *„poza przedmiotem rozważań jest okoliczność z czyjej winy nastąpiło odstąpienie.”* W ocenie Odwołującego przedmiotowa okoliczność ma niebagatelne znaczenie dla oceny, czy w odniesieniu do wykonawcy znajduje zastosowanie fakultatywna przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji czy na gruncie niniejszej sprawy w odniesieniu do firmy Multiconsult Polska sp. z o.o. zastosowanie znajdzie przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp, a w odniesieniu do Odwołującego przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący przywołał treść art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz wskazał, że jest to przepis implementowany 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, dalej: *„Dyrektywa”*. W przywołanym przepisie Dyrektywy wskazano, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia *„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.”*

Wyjaśnił także, że analiza art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy jednoznacznie wskazuje, że omawiana fakultatywna przesłanka wykluczenia znajduje zastosowania wyłącznie w sytuacji, gdy do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących

po stronie wykonawcy. Polskie przepisy są zatem spójne z przepisami unijnymi. Innymi słowy zarówno przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 jak i przepis art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy odsyłają w swojej hipotezie do naruszeń wykonawcy, a nie do jakiegokolwiek wcześniejszego rozwiązania umowy. Nie można zatem odczytywać jednego z podpunktów sekcji C JEDZ w oderwaniu od tych przepisów i *de facto* kreować nową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podkreślił, że dokument JEDZ nie kreuje nowych przesłanek wykluczenia. Treść formularza JEDZ musi być odczytywana przez pryzmat przesłanek wykluczenia określonych w Pzp, jak i w Dyrektywie zwłaszcza, że sama Sekcja C JEDZ, w której znalazło się kwestionowana informacja, rozpoczyna się do odesłania do art. 57 ust. 4 Dyrektywy.

Powołał się także na cel złożenia tego oświadczenia, a mianowicie potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczenie składane w formie JEDZ stanowi wstępne oświadczenie wykonawcy, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, to tylko pod takim kątem mogą być rozpatrywane odpowiedzi udzielone przez wykonawcę w tym standardowym formularzu.

W argumentacji Odwołujący wskazał także, że: „przyjęcie odmiennej interpretacji, zgodnie z którą pytanie zawarte w formularzu JEDZ dotyczące rozwiązania umowy przed czasem należy odczytywać literalnie w oderwaniu od podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (jako pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem przez którąkolwiek ze stron i niezależnie od powodu), prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że składając oświadczenie w tej pozycji formularza wykonawca powinien poinformować Zamawiającego również o takich przypadkach, w których do rozwiązania umowy doszło za porozumieniem stron lub w sytuacji, gdy Zamawiający odstąpił od umowy na podstawie przesłanki określonej w art. 145 ust. 1 Pzp, a zatem przesłanki, na której wystąpienie wykonawca nie ma żadnego wpływu. Przy takiej interpretacji Zamawiający, dokonując oceny odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę na to pytanie, dokonywałby *de facto* badania ofert w zakresie wykraczającym poza przesłankę wykluczenia, w tym poza określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, która dotyczy wyłącznie sytuacji rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Odwołujący zauważył także, że wykluczenie go z postępowania jest nieuzasadnione, gdyż udzielona przez firmę Multiconsult Polska sp. z o.o. w JEDZ przecząca odpowiedź na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem jest informacją prawdziwą (zgodną z rzeczywistością). W ocenie Odwołującego firma Multiconsult Polska sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, co zostało wykazane w piśmie z dnia 17 września 2020 r. stanowiącym załącznik nr 1 do odwołania. W przypadku dwóch umów

wspomnianych w piśmie, których stroną była firma Multiconsult Polska sp. z o.o., umowy zostały rozwiązane przed czasem z powodu okoliczności, za które podmiot ten nie ponosi odpowiedzialności. W przypadku trzeciej umowy nie doszło do rozwiązania umowy ani zasądzenia odszkodowania.

Jeżeli informacje w JEDZ dotyczą tylko sytuacji, w których wcześniejsze zakończenie umowy zostało spowodowane wskutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, to zaznaczenie „NIE” w sytuacji, w której przykładowo to wykonawca odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, nie może być uznane za informację wprowadzającą w błąd.

Jak dalej argumentował Odwołujący, nawet gdyby przyjąć, iż informacja zawarta w JEDZ złożonym przez firmę Multiconsult Polska sp. o.o. mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego co do tego, czy któryś z kontraktów realizowanych przez ten podmiot był zakończony wcześniej, to informacja ta nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania ani nie stanowiła podstawy do stwierdzenia niewykazania braku przesłanek do wykluczenia. Skoro bowiem odstąpienie od umowy przez wykonawcę nie jest sankcjonowane przez ustawodawcę wykluczeniem wykonawcy, to informacja ta nie miała żadnego znaczenia dla czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

Jeżeli w odniesieniu do danego wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia, do których odnoszą się poszczególne pytania formularza JEDZ, to nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca na te pytania winien udzielić odpowiedzi przeczącej. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt III Ca 252/20, a także wyrok KIO z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 782/17.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że nawet w przypadku udzielenia przez firmę Multiconsult Polska sp. z o.o. odpowiedzi twierdzącej na pytania w formularzu JEDZ i tak nie mogłyby one wywołać negatywnych skutków dla firmy Multiconsult Polska s. z o.o., polegających w szczególności na wykluczeniu wykonawcy z postępowania. O ile bowiem z ogólnego postanowienia JEDZ może wynikać, że dotyczy ono niedookreślonego zbioru sytuacji, które doprowadziły do rozwiązania umowy przed czasem, o tyle przytoczone powyżej przepisy Dyrektywy i Pzp odnoszą się wyłącznie do sytuacji, w której rozwiązanie umowy było skutkiem przyczyn leżących tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy - i to te przepisy wyznaczają podstawy wykluczenia, które są przedmiotem badania przez Zamawiającego w ramach sekcji C formularza JEDZ.

Odwołujący wskazał także, że okoliczność wykluczenia Multiconsult Polska sp. z o.o. z postępowania w sytuacji udzielenia przez ten podmiot odpowiedzi „NIE” w JEDZ, w kontekście odstąpienia przez Multiconsult Polska sp. z o.o. od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego była już przedmiotem orzekania Izby w wyroku z dnia 22 września

2020 r., sygn. akt KIO 2094/20. W wyroku tym, Izba przyznała rację firmie Multiconsult Polska sp. z o.o. i uznała, że w takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp było działaniem nieuprawnionym.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

W treści uzasadnienia Zamawiający wskazał następujące okoliczności:

W dniu 17.09.2020r. Zamawiający powziął informację, że Multiconsult Polska Sp. z o.o. w oświadczeniach składanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wskazał na sytuację rozwiązywania innych umów, niż tylko umowy z Lubuskim Zarządem Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze. Zamawiający uznał, że w niniejszym postępowaniu Multiconsult Polska Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez zatajenie informacji o rozwiązanych ww. umowach. W konsekwencji Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12).

Zamawiający wyjaśnił, że po wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie pozyskał wiedzę, że niemal analogiczna sprawa, w której spółka Multiconsult Polska Sp. z o.o. występowała w charakterze Odwołującego, była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu pod sygn. akt: 2094/20. W wyroku wydanym we wskazanej sprawie KIO stwierdziła, że wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 pzp wymaga od Zamawiającego jednoznacznego ustalenia, iż rozwiązanie określonej umowy o realizację zamówienia publicznego, której stroną był odwołujący nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Zamawiający wskazał także, że powziął informację w sprawie umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanej przez spółkę Multiconsult Polska Sp. z o.o. dla innego zamawiającego, z których wynika że nie doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, a strony w sprawie wzajemnych rozliczeń zawarły ugodę. W przypadku rozwiązania umowy w drugiej ze spraw Zamawiający zwrócił się pismem do zamawiającego o ujawnienie informacji na temat okoliczności rozwiązania umowy, której wykonawcą był Multiconsult Polska Sp. z o.o., jednak do momentu sporządzenia odpowiedzi na odwołanie nie otrzymał odpowiedzi.

Wobec powyższego, w szczególności wobec braku możliwości jednoznacznego wykazania, że wcześniejsze umowy w zakresie zamówień publicznych zostały rozwiązane z przyczyn leżących po stronie tej spółki oraz w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22

września 2020 w sprawie pod sygn. akt: 2094/20 Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Zamawiający w treści pisma wskazał, że odpowiedź na odwołanie została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie Wykonawcy:

- Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego
- IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., IDOM Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U., który nie stawiał się na rozprawie, a zatem nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w treści odwołania.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W analizowanym stanie faktycznym kluczowe znaczenie miały art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz 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 (pkt 17).

Zamawiający ani Przystępujący nie przedstawili żadnych dowodów na okoliczność, że zaznaczenie odpowiedzi przeczącej w odpowiedzi 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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” w dokumencie JEDZ przedstawionym przez firmę Multiconsult Polska sp. z o.o. jest niezgodne z rzeczywistością, a zatem stanowi nieprawdziwą informację.

Zamawiający nie przedstawił również żadnych dowodów z których wynikałoby, iż do rozwiązania którejkolwiek z umów wskazanych przez firmę Multiconsult Polska sp. z o.o. doszło z przyczyn leżących po stronie Multiconsult Polska sp. z o.o. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że po przeprowadzeniu badania (już po złożeniu odwołania) nie uzyskał informacji, które pozwoliłyby na uznanie, że do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Multiconsult Polska sp. z o.o.

Przystępujący po stronie Zamawiającego również nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie, a zatem nie wykazał, aby Odwołujący przedstawił informację, która wprowadziła Zamawiającego w błąd.

Oznacza to, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie wykazano, aby Odwołujący zaznaczając odpowiedź przeczącą wprowadził Zamawiającego w błąd.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Schuessler-Plan Inżynierzy Sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i w trakcie rozprawy przedstawił stanowisko, w którym stwierdził, że powyżej zacytowane pytanie sformułowane w dokumencie JEDZ nie odnosi się do przyczyn leżących po stronie wykonawcy i nie ma w nim bezpośrednio odniesienia do artykułu 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Przystępującego, istotną kwestią jest także, kto powinien dokonać oceny w zakresie wykluczenia wykonawcy. Zdaniem Przystępującego, Zamawiający w treści dokumentu JEDZ powinien otrzymać pełną informację, bowiem to Zamawiający zadecyduje, czy znajdzie zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie można zdaniem Przystępującego uznać, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy Zamawiający nie zbadał całokształtu okoliczności.

W odniesieniu do podnoszonych przez Przystępującego w trakcie rozprawy twierdzeń (wskazanych powyżej) należy stwierdzić, że podobny stan faktyczny jak podnoszony przez Odwołującego był już rozpatrywany w wyroku o sygnaturze akt KIO 2094/20, na co także zwrócił uwagę Zamawiający.

Podzielając stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 2094/20, w niniejszym postępowaniu Izba zważyła co następuje:

Należy zauważyć, że dokument JEDZ ma charakter uniwersalny, ogólny. Wykonawca składa oświadczenia, które powinny być zgodne ze stanem rzeczywistym. Informacje przedstawione przez wykonawcę oraz złożone odpowiedzi stanowią podstawę do dokonania oceny przez Zamawiającego.

Podobnie w przypadku zacytowanego powyżej pytania, zawartego w dokumencie JEDZ, wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie zrealizowanych przez niego umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego lub umów koncesji. W sytuacji, gdy takie nieprawidłowości wystąpiły, formularz dokumentu JEDZ wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.

Zgodnie z artykułem 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można 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 artykule 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Dokument JEDZ nie może być interpretowany w ten sposób, że kreuje nowe przesłanki wykluczenia, które nie zostały wyspecyfikowane w ustawie.

Zatem skoro przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazuje na sytuację związaną z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (oraz zasądzeniem odszkodowania), to w dokumencie JEDZ powinny znaleźć się informacje o takich właśnie sytuacjach.

Zdaniem Przystępującego jednak, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia informacji o wszelkich zawartych przez wykonawcę umowach, które zostały rozwiązane przed określonym w tych umowach czasem ich obowiązywania, tak aby to Zamawiający mógł ocenić, czy zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględnienie stanowiska Przystępującego oznaczałoby konieczność wskazywania przez wykonawców dokładnej historii zawartych umów, a po stronie Zamawiającego - konieczność przeprowadzania szczegółowych badań i oceny w zakresie historii każdej z umów wskazanych przez wykonawców, sposobu oraz przyczyn jej rozwiązania, sposobu i powodów określonego rozliczenia stron, obliczania wykonanego i niewykonanego zakresu umowy oraz wartości obu tych zakresów, jak również analizowania wielu innych okoliczności. Powyższe badania dotyczyłyby umów zawartych w innych postępowaniach, a żaden przepis prawa nie daje Zamawiającemu do prowadzenia tak szczegółowych analiz umów zawartych przez innych zamawiających.

Co więcej, trudno uznać za racjonalne oczekiwanie od jakiegokolwiek podmiotu (Zamawiającego), że tego rodzaju badania będzie przeprowadzał, gdyż ich przeprowadzenie mogłoby znacząco (i na trudny do oszacowania czas) wydłużyć prowadzone postępowanie. Jak wskazano powyżej, wypełnienie dokumentu JEDZ powierzone zostało wykonawcy, jest on zobowiązany do podania w nim informacji prawdziwych.

Przede wszystkim jednak bezpodstawne jest twierdzenie, jakoby wykonawca był zobowiązany do podania wszystkich informacji, całej historii zawartych umów i dopiero Zamawiający po zbadaniu tej historii będzie mógł dokonać oceny przyczyn rozwiązania umów i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Jak wskazano powyżej, dokument JEDZ służy do oceny wykonawcy pod kątem przesłanek wykluczenia znajdujących się w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie innych. Również na przesłanki wykluczenia z ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał Zamawiający w IDW; nie kreował żadnych dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawcy.

Należy również zakładać rzetelność wykonawców (także przy wypełnieniu dokumentacji przetargowej), a jednocześnie mieć świadomość, że informacje o nierzetelnych wykonawcach, rozwiązanych umowach bardzo często docierają do wiadomości innych wykonawców lub zamawiających.

Należy też mieć na uwadze, że treść spornego pytania zawartego w dokumencie JEDZ wskazuje na elementy zawinienia w rozwiązaniu umowy, na co wskazują elementy sankcji, takie jak odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Odszkodowanie jest elementem związanym z winą. Oznacza to, że również treść tego dokumentu w zamyśle wymaga wskazania tych umów, które zostały rozwiązane przed czasem z winy wykonawcy, a więc do przesłanki wykluczenia, którą statuuje art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowe znaczenie ma okoliczność, że w rubryce dokumentu JEDZ, w której znajduje się sporne, powyżej zacytowane pytanie, znajduje się też dodatkowe pytanie: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Jeśli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki”. Pytanie to odnosi się do instytucji self-cleaningu. Instytucja ta może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy rzeczywiście doszłoby do sytuacji powodującej zaistnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, np. rozwiązania umowy z winy (z przyczyn dotyczących) wykonawcy. Jedynie w sytuacji, gdy zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, może on dokonać self-cleaningu. W sytuacji natomiast, gdy nie zaistniały przesłanki wykluczenia, taka instytucja jak self-cleaning nie ma zastosowania. Jest to istotne, gdyż wykonawca, który (jak chciałby Przystępujący) odpowiedziałby twierdząco 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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”, nawet w sytuacji, gdyby w krajowym porządku prawnym nie istniały

podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, aby nie zostać wykluczonym z postępowania musiałby udzielić odpowiedzi twierdzącej w zakresie pytania dotyczącego instytucji self-cleaningu, mimo, iż takiego samooczyszczenia nie dokonał, bowiem nie był zobowiązany do dokonania samooczyszczenia w związku z tym, że nie zachodziły przesłanki do wykluczenia go z postępowania w krajowym porządku prawnym. Prowadziłoby to do absurdalnych sytuacji. Tym bardziej dokument JEDZ nie powinien być odczytywany inaczej niż w zgodzie z przesłankami wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przytoczone powyżej pytanie w dokumencie JEDZ odnoszące się do instytucji self-cleaning może wskazywać, że podstawowe pytanie (sporne w niniejszej sprawie) odnosi się do sytuacji rozwiązania umowy z winy wykonawcy, bowiem tylko wtedy instytucja self-cleaningu miałaby zastosowanie.

Z całą pewnością, dokument JEDZ nie powinien być interpretowany w sposób rozszerzający, w oderwaniu od obowiązujących przesłanek wykluczenia. Dokument ten ma charakter uniwersalny. Znajdują się w nim jednak odniesienia do obowiązującego porządku krajowego. Punkt C dokumentu JEDZ „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, w którym znajduje się przedmiotowe, sporne pytanie, zawiera odniesienie do art. 57 ust. 4 dyrektywy 2013/24/WE.

Jak już wskazano w treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt 2094/20: art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy 2014/24/UE określającego fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ustawodawca europejski wskazał, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia „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.” A zatem również art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy odsyła do naruszeń wykonawcy, a nie do jakiegokolwiek wcześniejszego rozwiązania umowy. Skoro zatem w punkcie C dokumentu JEDZ znajduje się odesłanie do Dyrektywy to pytania zawarte w treści dokumentu JEDZ (punkt C) powinny być interpretowane w jej kontekście.

W punkcie C dokumentu JEDZ znalazł się także przypis, zgodnie z którym „Zob. przepisy krajowe, stosowne ogłoszenie lub dokumenty zamówienia”. Oznacza to, że dokument JEDZ powinien być odczytywane w odniesieniu do przepisów krajowych.

Nie można także uznać za zasadne stanowiska Przystępującego, zgodnie z którym: uгода powinna podlegać badaniu Zamawiającego tak jak każdy inny dowód, zatem Zamawiający przedwcześnie uznał, że w niniejszym postępowaniu nie zachodzi podstawa wykluczenia. Jak wskazano powyżej, takie badanie wykraczałoby poza ustawę Prawo zamówień publicznych, a także w sposób nieuprawniony nakładałoby dodatkowe obowiązki administracyjne na Zamawiającego, podczas gdy dokument JEDZ został wprowadzony w celu uproszczenia i przejrzystości procedury udzielania zamówienia publicznego, a ponadto to wykonawca jest zobowiązany wypełnić dokument JEDZ zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym.

Istotne znaczenie ma okoliczność, że skoro Zamawiający określił przesłankę wykluczenia w pkt 8.3.2 IDW w ten sposób, iż obejmowała ona swoim zakresem rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (bowiem wskazał na konkretne przepisy ustawy Pzp, w tym art. 24 ust. 5 pkt 4 tej ustawy) to wypełniając dokument JEDZ Wykonawca miał prawo przyjąć, iż wymóg podania informacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy dotyczy sytuacji, w której rozwiązanie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Takie założenia potwierdza również odesłanie przez samego Zamawiającego w treści SIWZ do Instrukcji wypełnienia JEDZ opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

Najistotniejsze znaczenie w sprawie ma okoliczność, że Zamawiający oparł się na błędnym, niczym nie popartym założeniu, że w dokumencie JEDZ złożonym przez firmę Multiconsult Polska sp. z o.o. podane zostały nieprawdziwe informacje. Takie działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Nie można zatem uznać, aby firma Multiconsult Polska sp. z o.o. czy sam Odwołujący wprowadzili Zamawiającego w błąd. Nie istniały więc podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji należało uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż nie wykazano, aby Odwołujący powołując się na zasoby udostępnione przez Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....