

WYROK
z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 25 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2020 r. przez wykonawcę: **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy „**W. ISS Sp. z o.o.” Sp. komandytowa, ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko-Biała,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna”, nr referencyjny: 9/Ctr/20/TJ/PMP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2020 r., nr 2020/S 024-052911.

Oferty w postępowaniu złożyli:

- wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko-Biała (dalej: „odwołujący”),
- wykonawca „W. ISS Sp. z o.o.” Sp. komandytowa, którego oferta w dniu 19 marca 2020 r. została wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 27 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez przyjęcie, iż odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, a także, że odwołujący podlega wykluczeniu, gdyż wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu w postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 355 § 1 i 2 kc (poprzez analogię do wierzyciela), który ma zastosowanie poprzez art. 14 ustawy Pzp, poprzez brak czynności podjętych w postępowaniu z uwzględnieniem profesjonalnej staranności zamawiającego,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na wykluczenie odwołującego, który zdaniem zamawiającego, 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,

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 5 kc, poprzez działanie zamawiającego, który nadużywa swoich uprawnień i narusza dobre obyczaje, zasady współżycia społecznego, tak przy decyzji o wykluczeniu odwołującego, jak i przy decyzji o doręczeniu pisma o odstąpieniu od umowy,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zamawiającego, który z uwagi na inną niż odwołujący ocenę stanu faktycznego stwierdza złożenie przez odwołującego informacji wprowadzających w błąd i jednocześnie zaskakuje odwołującego tą decyzją, nie stosując i nie umożliwiając odwołującemu zastosowania jakichkolwiek procedur sanacyjnych, w tym dokonania samooczyszczenia,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawne dokonanie wyboru oferty W. ISS Sp. z o.o. Sp. k. jako najkorzystniejszej.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania podnosi, iż w złożonym wraz z ofertą formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zwanym dalej JEDZ, (...) 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 wcześniejszą umową” - Wykonawca oświadczył „Nie”. Twierdzenie Zamawiającego, że jest to oświadczenie wprowadzające Zamawiającego oraz innych uczestników postępowania w błąd, w związku z realizacją umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP z dnia 17 lipca 2019 roku na „Dostawę pojazdów typu armatka wodna” należy potraktować jako gołosłowne. (...)

Odwołujący podnosi, iż chociaż kluczowe osoby występujące po stronie Zamawiającego zostały w różnych formach i terminach już odsunięte, po podjęciu decyzji o odstąpieniu od Umowy z Odwołującym, to wciąż istnieje bogata korespondencja, tak z etapu realizacji zamówienia, etapu dostawy pojazdów, etapu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, etapu po odstąpieniu, jak i etapu sądowego - zatem nie jest możliwe wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Po drugie, jeśli Zamawiający opiera swoją decyzję na tym, że przedmiotowe oświadczenie wprowadziło innych uczestników postępowania w błąd, to należy podkreślić, iż takiej przesłanki do zastosowania najsurowszego przepisu w całej ustawie Pzp prawodawca nie przewidział. Już tylko to zdanie świadczy o szukaniu przez Zamawiającego argumentacji na potrzeby ewentualnego procesu. Na marginesie należy dodać, iż wybrany w postępowaniu wykonawca jest stałym konkurentem Odwołującego w przetargach, zaś branża producentów krajowych jest tak wąska, że nie sposób stanowiska Zamawiającego potraktować poważnie. (...)

Zamawiający faktycznie w dniu 23 grudnia 2019 r. złożył pismo o odstąpieniu od umowy. Wbrew stanowisku Zamawiającego, skierowanie powództwa cywilnego przez Odwołującego przeciw Zamawiającemu ma bezpośredni wpływ na ważność tej czynności prawnej (...) Zatem jeśli Sąd przesądzi okoliczność sporną na korzyść Odwołującego co do bezskuteczności odstąpienia, przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością, wykonawca podał dane prawdziwe, zaś Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że przepisy sankcyjne, w tym wypadku wręcz eliminujące Odwołującego zarówno z przedmiotowego postępowania jak i z całego rynku zamówień publicznych w Polsce i w Unii Europejskiej, należy interpretować ostrożnościowo i zawężająco. Zatem przy zastosowaniu takich przepisów nie może pozostawać żadna wątpliwość co do prawidłowości ich stosowania.

Jak słusznie dostrzega Zamawiający, formularz JEDZ jest oświadczeniem jedynie o charakterze wstępnym, a żaden przepis ani ustawy Pzp, ani też Dyrektywy 2014/24/UE, nie zabrania zamawiającemu dokonywać wyjaśnień tego oświadczenia lub poddać go interpretacji. Jeśli więc Sąd orzeknie, że poświadczenie o odstąpieniu było skuteczne, można będzie potencjalnie mówić o złożeniu informacji, które mogły wprowadzić w błąd, ale nawet wówczas informacje te nie wprowadzą ani nie będą mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego, któremu cała ta sytuacja jest doskonale znana. (...)

Także chybiona jest argumentacja, że nie informując Zamawiającego o fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy z tym właśnie Zamawiającym, Odwołujący dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa. Należy przypomnieć, że przedmiotem pozwu, co jest niezmiernie istotne w tej sprawie, jest zarzut bezskuteczności odstąpienia od umowy przez tego Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy oraz biorąc pod uwagę fakty i stanowisko Odwołującego, należy przyjąć, że Odwołujący nie musiał też wypełniać kolejnego fragmentu JEDZ o brzmieniu: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”.

Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia nie może wymuszać na jakimkolwiek wykonawcy, aby przyznał się do winy i wziął na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, po to, aby wykorzystać następnie to przyznanie w postępowaniu sądowym. A do tego właśnie sprowadziłaby się logika Zamawiającego: wymusić na Odwołującym złożenie oświadczeń będących przecież fundamentem rzetelnej procedury samooczyszczenia, co musiałoby wywołać negatywny skutek dla Odwołującego w postępowaniu o ustalenie przez Sąd istnienia stosunku prawnego. Brak jest dowodu na to, że prawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, wprowadzając te przepisy, dążył do uczynienia postępowania sądowego bezprzedmiotowym lub chcieli faktycznie uniemożliwić przedsiębiorcy dostęp do sądu.

Cytowane więc przez Zamawiającego orzeczenie Sądu jest nieadekwatne do niniejszej sprawy, gdyż w sprawie rozpatrywanej przez sąd istniało dwóch zamawiających (inny zamawiający odstąpił od umowy, a inny badał JEDZ w kolejnym przetargu), nie zaś jeden zamawiający (ten sam, który odstąpił od umowy a następnie bada JEDZ w kolejnym postępowaniu). (...)

Za bezpodstawne i pozbawione logiki należy uznać stanowisko Zamawiającego co do tego, że został wprowadzony przez Odwołującego w błąd, w sytuacji, gdy Zamawiający twierdzi jednocześnie, że o wszystkich okolicznościach posiada pełną wiedzę, a nadto że nie potrzebuje żadnych wyjaśnień od Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że Zamawiający powinien go wezwać do wyjaśnień JEDZ choćby w zakresie wyjaśnienia dlaczego w Części III Podstawy wykluczenia, w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa 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 związku z wcześniejszą umową” Odwołujący oświadczył „Nie”. Zamawiający tego nie uczynił, pozbawiając Odwołującego prawa do przedstawienia swojego stanowiska. (...)

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - dalej kc, w tym art. 355 § 1 i 2 kc. (...) Takiego samego rygoryzmu i formalizmu Zamawiający jednak nie przejawiał na etapie przygotowania wzoru umowy, gdyż dopiero na etapie jej wykonywania formułował nowe wymagania, co więcej po wielokroć je zmieniał, zdając sobie sprawę z kosztowności i czasochłonności każdej dokonywanej zmiany. Co niezmiernie istotne, Zamawiający za każdym razem proszony przez Odwołującego o wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia uzasadnienia dla swojego kolejnego, nowego wymagania, niej potrafił takiego punktu wskazać. (...)

Jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych okoliczność wdania się przez strony (Odwołującego oraz Zamawiającego) w spór sądowy dot. odstąpienia przez Zamawiającego od umowy musi zostać obligatoryjnie przeanalizowana, stanowi zatem element wykładni art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. (...)

W przypadku umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez Wykonawcę S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. w dniu 17 lipca 2019 r. z Komendantem Głównym Policji mamy do czynienia z sytuacją, która w żadnym wypadku nie wyczerpuje hipotezy normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący wykonał część przedmiotu Umowy, którą miał wykonać do 20 grudnia 2019 r. (tj. 3 sztuki pojazdów), dostarczył go Zamawiającemu, jednak ten ostatni nie był w ogóle zainteresowany jej odbiorem. W świetle tylko jednego faktu, że Zamawiający nawet do dostarczonych pojazdów nie

podszedł, jak może twierdzić, że pojazdy te zostały wykonane niezgodnie z SIWZ? Na dzień dzisiejszy to Odwołujący poniósł szkodę na kwotę co najmniej 35.100.560 zł. Zamawiający nie może też przesądzać jak wyglądałoby samooczyszczenie wykonawcy, gdyby został do niego wezwany, że byłoby fikcyjne. Nawet w braku prawomocnego orzeczenia przez niezawisły sąd, nie można powiedzieć, iż mamy do czynienia ze słowem przeciwko słowu, co do ważności czynności prawnej jaką było pismo o odstąpieniu od umowy. (...)

Po pierwsze, w sposób kategoryczny Odwołujący zaprzecza, aby stosował rozwiązania techniczne niezgodne z zapisami specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Skala wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego na etapie realizacji umowy nie ma żadnego znaczenia, skoro zastrzeżenia Zamawiającego nie miały odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie, Odwołujący chciałby w sposób szczególny podkreślić, że wykonawca - choć uwagi Zamawiającego były nieprecyzyjne, często ustne, ponadto notorycznie zmieniane - to zawsze starał się je uwzględnić. Po trzecie, należy także w sposób szczególny podkreślić, że uwzględnianie kolejnych uwag Zamawiającego nie było proste dla Odwołującego, ale wiązało się z zaprojektowaniem modyfikacji, zakupem nowych części, podzespołów lub urządzeń, często wykonywania pojedynczego i dedykowanego asortymentu albo napisania specjalnego oprogramowania, po czym Zamawiający stwierdzał, że jednak trzeba to wykonać jeszcze inaczej. Zatem uwagi, a nawet kaprysy Zamawiającego, nigdy nie były lekceważone, a ich realizacja pochłonęła niewiarygodną ilość czasu i środków finansowych.

(...) W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc Zamawiający po korekcie powołuje się na § 4 ust. 2 Umowy, w brzmieniu: „Termin ten ma charakter ściśle określony i jest to data odbioru ostatniego pojazdu, potwierdzonego podpisanym bez uwag protokołem odbioru ilościowego opisanym w § 5 ust. 21. Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy, w całości lub w części, bez wyznaczenia terminu dodatkowego w przypadku niedostarczenia przedmiotu umowy w terminach określonych w ust. 1”. Sąd oceniając czynność prawną będzie brał pod uwagę abuzywność ww. klauzuli. Zdaniem Odwołującego, przy ocenie legalności skutków pisma zawierającego w swej treści oświadczenie o odstąpieniu, nie można pominąć, że Zamawiający takim postanowieniem naruszył dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego. (...)

Odwołujący wskazuje i podkreśla, że nigdy dotychczas nie spotkał się z takim stanowiskiem odnośnie sposobu wypełnienia JEDZ, jak prezentowane przez Zamawiającego i przez Sąd Okręgowy w Warszawie (...). W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że w Części III, Podstawy wykluczenia, C (...) wykonawca ma obowiązek oświadczyć „Tak”, gdy spełnione są wszystkie przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP, a nie już wtedy, gdy spełniona została jedynie część określonych tam przesłanek, w szczególności już wtedy, gdy wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego,

wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem. Powyższe wynika zarówno z kształtu samego formularza JEDZ jak i Instrukcji Wypełniania JEDZ opracowanej przez Urząd Zamówień Publicznych. Z treści samego formularza JEDZ wynika, że jeżeli wykonawca (tutaj: Odwołujący) na ww. pytanie odpowiedziałby „Tak”, to od razu musiałby odpowiedzieć też na kolejne pytanie sformułowane w JEDZ, tj.: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” (...) Zatem odpowiedź „Tak” oznaczałaby automatycznie przyznanie, że wobec wykonawcy zachodzą wszystkie przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i że tym samym wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu. Wykonawca, broniąc się przed wykluczeniem, miałby jedynie możliwość wskazać, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia i opisać przedsięwzięte środki. Natomiast kształt JEDZ uniemożliwiałby mu wskazanie (nie mówiąc już o wykazaniu), że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, np. to, że niewykonanie albo nienależyte wykonanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. (...) Zatem ww. rubryka JEDZ nie jest miejscem, w którym wykonawca mógłby wykazać, że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, lecz miejscem na wykazanie, że skutecznie przeprowadził samooczyszczenie. Bez wątplenia nie może być elementem samooczyszczenia wskazanie, że Odwołujący wdał się w spór sądowy z Zamawiającym i opisanie, choćby szczegółowo, stanu sprawy sądowej. Innych rubryk dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp JEDZ nie zawiera. (...)

W świetle obowiązujących przepisów oczywiste jest również, że Odwołujący ma pełne prawo skorzystać z instytucji samooczyszczenia przed wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp a Zamawiający powinien mu to umożliwić. Bezsporne jest, że w kontekście dopuszczalności korzystania z procedury samooczyszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kluczowe znaczenie ma zagadnienie momentu, w którym powinna ona zostać przeprowadzona. Odwołujący podkreśla zatem, że:

- a) zarówno na gruncie regulacji unijnych (art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE), jak i przepisów Pzp mechanizm samooczyszczenia ma zastosowanie w przypadku, gdy wykonawca znajduje się w sytuacji opisanej jako jedna z podstaw wykluczenia;
- b) niektóre z przesłanek uzasadniających wykluczenie są kwestią faktu (jak np. otwarcie wobec wykonawcy likwidacji - art. 24 ust. 5 pkt Pzp), inne wymagają natomiast przeprowadzenia stosownej oceny (jak właśnie jest w przypadku przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp);
- c) w przypadku przesłanek z pierwszej grupy możliwe (a być może i wymagalne) jest, aby

wykonawca przyznał wystąpienie danej okoliczności już w dokumentach składanych wraz z ofertą;

- d) analogicznego wniosku nie można natomiast postawić w odniesieniu do drugiej grupy przesłanek - prowadzi to bowiem do absurdalnego oczekiwania, aby wykonawcy, którzy nie zgadzają się co do oceny wystąpienia wobec nich ocennej przesłanki wykluczenia, przyznawali, że przesłanka ta jednak ma zastosowanie, tylko po to, by umożliwić sobie przeprowadzenie procedury samooczyszczenia;
- e) przekładając tę nielogiczną koncepcję na analizowany przypadek, oznaczałoby, że Odwołujący powinien już na etapie składania oferty wykazać podjęcie określonych środków zaradczych, gdy tymczasem jest to nielogiczne wobec niezmiennie prezentowanego stanowiska o braku zaistnienia wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp;
- f) zatem przeprowadzenie procedur samooczyszczenia możliwe będzie w przypadku przesłanek wykluczenia, które opierają się na dokonaniu oceny okoliczności faktycznych dopiero wtedy, gdy ustalone zostanie, że w odniesieniu do wykonawcy zachodzi przesłanka wykluczenia.

(...) Zatem jedynym rozsądnym i zgodnym z ratio legis omawianego przepisu wnioskiem jest ten, że w przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp procedura samooczyszczenia przesuwana się z etapu przedkładania zamawiającemu oferty na etap, w którym uprawniony do tego organ (tj. zamawiający w toku postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza lub sąd) wypowie się na temat zaistnienia przesłanek wykluczenia. Przyjęcie, odmiennej koncepcji powodowałoby, że art. 24 ust. 8 Pzp nie znajdowałby zastosowania w odniesieniu do określonych kategorii przypadków uzasadniających wykluczenie, o których mowa w art. 24 ust. 5 Pzp (chodzi o te przypadki, które wymagają dokonania oceny stanu faktycznego). Jest to nie do pogodzenia z brzmieniem art. 24 ust. 8 Pzp, z którego takowe rozróżnienie niewątpliwie nie wynika. (...)

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, jako złożoną rzekomo przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, czynność wyboru oferty W. ISS Sp. z o.o. Sp. Komandytowa jako najkorzystniejszej została w konsekwencji dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołujący podnosi, że zastosowana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu. Wskazany przepis nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna tego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy, zaś w drugim następuje złożenie ofert przez konkretnych, uprzednio zaproszonych przez zamawiającego, wykonawców. Niniejsze postępowanie nie jest prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego, ale w trybie przetargu nieograniczonego, zatem wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie jest bezpodstawne.”

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę W. ISS Sp. z o.o., Sp.k. jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,
- 5) wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. złożonego przez odwołującego wraz z ofertą formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia,
- 6) wezwania odwołującego do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (tj. do zastosowania procedury z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp - tzw. self-cleaning),
- 7) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30 marca 2020 r. wykonawca „W. ISS Sp. z o.o.” Sp. komandytowa, ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko-Biała (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia tego wykonawcy po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 8 czerwca 2020 r. odwołujący przedstawił swoje dodatkowe stanowisko w sprawie wraz z załącznikami.

Pismem złożonym w dniu 9 czerwca 2020 r. zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie, również wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 24 czerwca 2020 r. odwołujący złożył kolejne pismo procesowe wraz

z załącznikami.

W dniu 25 czerwca 2020 r. również zamawiający złożył pismo procesowe w sprawie wraz z załącznikami.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna, przeznaczonych dla oddziałów i pododdziałów prewencji Policji. Zamawiający przewidział w siwz m.in. podstawę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył JEDZ, w którym w części III, C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, 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?”, zaznaczył odpowiedź „NIE”. Jednocześnie odwołujący nie wpisał nic w miejscu przewidzianym na opisanie środków podjętych w celu samooczyszczenia.

Pismem z dnia 18 marca 2020 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności:

1) w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp:

Zamawiający powołał się na ww. oświadczenie złożone przez odwołującego w JEDZ i stwierdził, że jest „to oświadczenie wprowadzające Zamawiającego oraz innych uczestników postępowania w błąd, ponieważ w wyniku przeprowadzonego postępowania konkurencyjnego na „Dostawę pojazdów typu armatka wodna” (nr 19/Ctr/19/TJ/PMP) Zamawiający zawarł z Wykonawcą S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. umowę nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP z dnia 17 lipca 2019 roku. W związku z niezrealizowaniem przedmiotu umowy w zakresie dostawy/odbioru 3 sztuk pojazdów w wymaganym terminie do dnia 20 grudnia 2019 roku, Zamawiający w dniu 23 grudnia 2019 r. odstąpił od przedmiotowej umowy. Skierowanie powództwa cywilnego przeciw Zamawiającemu pozostaje bez wpływu na ważność tej czynności prawnej. (...)

Tym samym, wszelkie przesłanki wskazane w pytaniu zawartym w oświadczeniu

JEDZ zostały spełnione, tj. Wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. znajduje się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem, a także zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowym dla udzielenia poprawnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie w formularzu JEDZ bez znaczenia pozostają przyczyny rozwiązania umowy przed czasem, czy też ocena prawna tej czynności dokonana przez Wykonawcę. Inaczej mówiąc, Wykonawca wypowiada się w oświadczeniu jedynie o pewnych faktach, ustalenie czy te fakty przemawiają za spełnieniem przesłanki wykluczenia jest już obowiązkiem Zamawiającego.”

Zamawiający przytoczył fragment wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19 oraz wyroku KIO 380/18, jak też wskazał, że „wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W kwestii wpływu na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym miejscu jedynie zauważyć należy, że wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania "mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. Tym samym nawet w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe - zamawiający stosuje ten przepis. (...) Reasumując, Wykonawca nie dochowując należytej staranności, działając w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił wprowadzające w błąd Zamawiającego informacje (oświadczając, że nie znajduje się w sytuacji w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem a także zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje) w sytuacji, gdy był stroną umowy która została rozwiązana przed czasem a także zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności czy informacji na temat rozwiązania umowy. W sytuacji braku odpowiedniego przepływu informacji w strukturach Zamawiającego, zachowanie to mogło doprowadzić do zaniechania wykluczenia wykonawcy oraz nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej”.

2) w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp:

„W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, iż Zamawiający, jako strona umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP, posiada pełną dokumentację niezbędną do oceny zaistniałego stanu faktycznego m.in. pełną dokumentację postępowania przetargowego, pełną dokumentację z etapu realizacji umowy, w tym korespondencję prowadzoną pomiędzy stronami oraz protokoły dokumentujące spotkania stron, Zamawiający posiada również pełną dokumentację kierowaną do Zamawiającego po odstąpieniu od umowy, a także pozew Wykonawcy wraz z dowodami zawierający pełną argumentację Wykonawcy. Z uwagi na powyższe, bezprzedmiotowym było wzywianie Wykonawcy do przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych wyjaśnień, co do zaistniałego stanu faktycznego. Niemniej jednak, Zamawiający podkreśla, iż dokonał szczegółowej analizy stanu faktycznego oraz szczegółowej weryfikacji wszelkiej dokumentacji związanej z przedmiotową sprawą. (...)

W dniu 13 stycznia 2020 r. Wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. skierował przeciw Zamawiającemu powództwo o ustalenie, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne oraz ustalenie, iż Zamawiającemu nie przysługiwało uprawnienie do skorzystania z gwarancji bankowych zabezpieczających umowę. Tym samym, oczywistym jest że wobec Wykonawcy nie zachodzą obligatoryjne przesłanki uprawniające do skorzystania z instytucji samooczyszczenia tj. nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych (...) oraz nie naprawił z własnej woli oraz w sposób trwały szkody wyrządzonej Zamawiającemu. Reasumując, wezwanie Wykonawcy do wykazania dokonania czynności samooczyszczenia byłoby czynnością jedynie fikcyjną, zmierzającą do przewlekłości postępowania. Oczywistym jest, że treść złożonego oświadczenia JEDZ nie jest wynikiem błędu a celowego działania Wykonawcy.” Zamawiający przywołał fragmenty wyroków KIO 2149/19 i KIO 1034/17.

„W tym miejscu należy także wyjaśnić, iż w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne, wykonawca z dużym prawdopodobieństwem będzie kwestionował skuteczność lub zasadność odstąpienia albo co najmniej przyczyny odstąpienia. Rodzi się zatem pytanie, czy powstały między zamawiającym a wykonawcą na tym tle spór będzie miał wpływ na wystąpienie komentowanej przesłanki wykluczenia. Literalne brzmienie przepisu wskazywałoby na konieczność wykluczenia w sytuacji, gdy doszło do odstąpienia, czyli gdy oświadczenie o odstąpieniu dotarło skutecznie do adresata. Uznanie, że wystąpienie sporu co do odstąpienia od umowy uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z powodu zaistnienia komentowanej przesłanki prowadziłoby do braku możliwości stosowania przepisu w praktyce. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 7 pkt 3 wykluczenie z powodu zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 może nastąpić, jeśli od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynęły 3 lata. Biorąc pod uwagę

przeciętną długość trwania sporu sądowego przed sądem powszechnym w dwóch instancjach, jest wysoce prawdopodobne, że sprawa nie zostałaby rozstrzygnięta w okresie 3 lat. Przy przyjęciu interpretacji, że wystąpienie sporu co do odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne, uniemożliwia wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4, mogłoby zatem prowadzić do wniosku, że komentowanego przepisu nie da się skutecznie stosować w praktyce.”

Uzasadniając przesłankę przyczyn leżących po stronie wykonawcy zamawiający wskazał, że odwołujący „przez cały czas trwania, mimo zgłaszanych przez Zamawiającego uwag i zastrzeżeń, stosował rozwiązania techniczne niezgodne z zapisami specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Mimo wielokrotnych wezwań Zamawiającego do przyspieszenia prac, Wykonawca dopiero w dniach 9-10 grudnia 2019 r, przedstawił projekt modyfikacji pojazdu do celów policyjnych, w celu jego oceny przez Zamawiającego. W tych samych dniach dokonano oględzin zabudowy pojazdu oraz przeprowadzono próby działania poszczególnych jego systemów. Przed rozpoczęciem oceny Wykonawca oświadczył, że przedstawiony do oceny pojazd jest produktem ukończonym w 100%, a więc w pełni sprawnym technicznie i gotowym do wykonania zadań służbowych. Tymczasem, w trakcie oceny projektu modyfikacji pojazdu, przedstawiciele Zamawiającego stwierdzili szereg niezgodności z zapisami specyfikacji technicznej, w tym w szczególności dotyczące m.in:

- 1) miejsca i sposobu montażu koła zapasowego,
- 2) sposób wykonania nadwozia, w tym elementów osłonowych,
- 3) konstrukcji układu wodnego w zakresie pompy głównej i silnika napędzającego pompę główną,
- 4) poziom widoczności z kabiny załogowej pojazdu podczas realizacji działań służbowych,
- 5) budowy przedział II.”

Dalej zamawiający odniósł się do każdej ze stwierdzonych przez siebie wad pojazdów (i dodał uwagę o tym, że pojazd nie był w stanie właściwie miotać wodą ani wodą z dodatkiem substancji barwiącej, środka drażniąco-łzawiącego i środka gaśniczego), jak też wskazał, że to „na ofercie przed złożeniem oferty leżał obowiązek dokonania analizy SIWZ pod względem możliwości technicznych i technologicznych wybudowania pojazdu będącego przedmiotem zamówienia oraz możliwości dotrzymania terminów określonych w postępowaniu przetargowym. Wykonawca S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. podejmując decyzję o złożeniu oferty i podpisując stosowną umowę zaakceptował wszystkie warunki zamówienia zawarte w SIWZ i umowie, w tym zobowiązał się do terminowej realizacji przedmiotowego kontraktu. W ocenie Zamawiającego jedynym powodem niedotrzymania realizacji umowy przez Wykonawcę było zastosowanie przez niego rozwiązań technicznych

niezgodnych z wymaganiami określonymi w umowie.

Zamawiający wskazuje, że konieczność uruchomienia nowego postępowania na »Dostawa 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna« nr 9/Ctr/20/TJ/PMP wynika z niezrealizowanej dostawy pojazdów typu armatka wodna na podstawie umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP z dnia 17 lipca 2019 roku. Specyfikacja techniczna w nowym postępowaniu nr 9/Ctr/20/TJ/PMP jest tożsama ze specyfikacją techniczną z wcześniejszego postępowania nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP na dostawę 8 szt. pojazdów typu armatka wodna i jedynie uległa zmianie liczba pojazdów wynikająca ze skróconego okresu przeznaczonego na zrealizowanie zadania w ramach Programu Modernizacji Policji (PMP) 2017-2020, co wymusza zrealizowanie powyższego zadania do końca 2020 r. Zamawiający wskazuje, że przedmiot postępowania nr 9/Ctr/20/TJ/PMP jest identyczny, jak w poprzednim postępowaniu na zakup pojazdów typu armatka wodna i zaznacza, że firma S. Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. w złożonej ofercie potwierdziła spełnienie wszystkich wymagań mimo zgłaszanych w trakcie realizacji pierwszego postępowania licznych uwag o braku możliwości technicznych i technologicznych pozwalających na wyprodukowanie pojazdu spełniającego wszystkie wymagania określone w specyfikacji technicznej do umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP.”

Zamawiający poinformował też o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 19 marca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego „W. ISS Sp. z o.o.” Sp. komandytowa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Uzasadniając rozstrzygnięcie zapadłe w niniejszej sprawie, Izba w następującej kolejności odniesie się do:

- I. kwestii wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp,

- II. kwestii wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp,
- III. kwestii odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- IV. wniosku odwołującego o powołanie biegłego i świadków.

Ad. I. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) 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,

17) 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.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w dniu 23.12.2019 r. zamawiający odstąpił od umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP zawartej w dniu 17.07.2019 r. z odwołującym. Powyższego, w ocenie Izby, nie zmienia fakt, że odwołujący wniósł pozew o ustalenie bezskuteczności odstąpienia. Jednocześnie w treści dokumentu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem zawarte w części III pkt C, odwołujący wpisał: „NIE”. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że informacja podana przez odwołującego w JEDZ była niezgodna ze stanem faktycznym, a tym samym odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd. Argumentacja odwołującego w tym zakresie nie została uznana za zasadną z następujących powodów.

Po pierwsze, nie można zgodzić się z odwołującym, że skoro zamawiający wiedział o odstąpieniu od umowy, to nie mógł zostać wprowadzony w błąd. Przedmiotowe postępowanie rzeczywiście prowadzone jest m.in. przez osoby posiadające informacje na temat realizacji umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP, jednak sytuacja taka nie musi być regułą. Rozbudowane struktury organizacyjne czy fluktuacja kadr u danego zamawiającego mogą powodować, że nie zawsze w komisji przetargowej znajdują się osoby, które będą świadome rozwiązania określonej umowy, której ten zamawiający był stroną. Tymczasem decyzja o wykluczeniu bądź niewykluczeniu danego wykonawcy z postępowania powinna zależeć od tego, czy w danym przypadku ziściły się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a nie od tego, czy do prowadzenia danego postępowania zostaną wyznaczone osoby, które będą dysponowały w tym zakresie stosowną wiedzą. Wiedzę w zakresie podstaw wykluczenia zamawiający pozyskuje co do zasady z dokumentów składanych przez wykonawcę, a z kolei wykonawca nie może zakładać, że kolejne postępowanie, w którym

bierze on udział będą prowadzić osoby, które prowadziły poprzednie i w związku z tym posiadają określoną wiedzę. Ponadto ubieganie się o zamówienie udzielane przez zamawiającego, z którym wykonawca ma już wcześniejsze doświadczenia, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podawania w dokumencie JEDZ informacji zgodnych ze stanem faktycznym.

Po drugie, przyjęcie ww. rozumowania odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której przepisy regulujące kwestie wykluczenia wykonawcy z postępowania stałyby się martwe w sytuacji podawania informacji nieprawdziwych tym zamawiającym, z którymi wykonawca miał już wcześniejsze doświadczenia. W takiej bowiem sytuacji albo zamawiający nie wykluczałby wykonawcy z postępowania, bo nie zorientowałby się, że miało miejsce rozwiązanie umowy i że w JEDZ podano informacje nieprawdziwe, albo nie wykluczałby go, bo wprawdzie zorientowałby się, ale nie mógłby wykazać, że został wprowadzony w błąd, bo przecież powinien był sam wiedzieć o rozwiązaniu umowy. Raz jeszcze należy podnieść, że wykonawca nie ma podstaw, by zakładać, że osoby prowadzące postępowanie będą znały etap realizacji danego zamówienia, a ponadto uczestnictwo w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podawania informacji prawdziwych. Jeżeli zatem podana w JEDZ informacja nie jest zgodna ze stanem faktycznym, to fakt jej podania zamawiającemu, z którym zawarta była rozwiązana wcześniej umowa, nie wyłącza ziszczenia się przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd (por. wyrok KIO 131/19).

Po trzecie, nie są zasadne argumenty odwołującego, zgodnie z którymi był on uprawniony do wpisania w dokumencie JEDZ „NIE”, ponieważ uznaje odstąpienie od ww. umowy za niezasadne. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19 i zauważa, że treść pytania zawartego w formularzu JEDZ nie odnosi się do tego, po czyjej stronie leżały przyczyny odstąpienia od umowy lub czy nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Pytanie zawarte w JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Tym samym wypełniając dokument JEDZ wykonawca ma obowiązek zgodnie ze stanem faktycznym podać informacje dotyczące tego, czy doszło do rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Jeżeli okoliczność taka miała miejsce, należy wpisać „TAK”. Dodatkowo, zgodnie z formularzem JEDZ, w sytuacji wpisania „TAK” należy podać szczegółowe informacje, czyli opisać okoliczności rozwiązania umowy/nałożenia sankcji. Powyższe nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Tym samym nawet uznając rozwiązanie umowy za bezpodstawne, obowiązkiem wykonawcy jest podać w dokumencie JEDZ informację prawdziwą co do faktu rozwiązania umowy lub nałożenia sankcji.

Po czwarte, nie można także przyjąć argumentacji odwołującego, zgodnie z którą nie mógł on wpisać do JEDZ „TAK”, gdyż musiałby wówczas dokonać samooczyszczenia, co stanowiłoby czynność sprzeczną z tym, że uznaje on odstąpienie zamawiającego od umowy za bezpodstawne, a w dodatku czynność ta mogłaby zostać wykorzystana przez zamawiającego w toczącym się postępowaniu sądowym. Należy zauważyć, że w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ustawodawca wskazał przykładowe dowody, jakie może przedstawić wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności. Wśród tych przykładowych dowodów jest „wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego”. Jak wskazano już wyżej, przedstawienie takiego szczegółowego stanu faktycznego nie wyłącza możliwości przedstawienia także własnego stanowiska w sprawie, jak też nie wyłącza możliwości przedłożenia innych dowodów. Czy zamawiający uzna złożone dowody, w tym np. wyjaśnienia, za wystarczające dla wykazania rzetelności wykonawcy, jest kwestią odrębną, niemniej jednak nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku zgodnego ze stanem faktycznym wskazania - zgodnie z treścią pytania w JEDZ - czy doszło do rozwiązania umowy/nałożenia sankcji.

W ocenie Izby, ziściły się także pozostałe przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Z okoliczności sprawy wynika, że odwołujący działając w sposób świadomy i zamierzony wpisał w dokumencie JEDZ „NIE”, gdyż uważał odstąpienie od ww. umowy za bezpodstawne. Tym samym jednak podał w JEDZ informację niezgodną ze stanem faktycznym, czyli wprowadzającą zamawiającego w błąd. Informacja ta dotyczyła przesłanki wykluczenia i mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu nie można zgodzić się z odwołującym, że nie zachodził „wpływ”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż bez względu na to, co odwołujący wpisał w JEDZ, zamawiający i tak wykluczyłby go na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy raz jeszcze zauważyć, że nie zawsze osoby prowadzące postępowanie muszą mieć wiedzę na temat realizacji określonej umowy, której stroną był zamawiający. Gdyby w przedmiotowej sprawie zamawiający nie zorientował się, że od umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP odstąpiono, to bazując wyłącznie na informacjach zawartych w JEDZ, nie podjąłby czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym wpisanie w JEDZ „NIE” mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w stosunku do odwołującego i na jego dalszy udział w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, Izba zauważa, że odwołujący wprawdzie zawarł w odwołaniu zarzut dotyczący zaniechania wezwania go przez zamawiającego do samooczyszczenia w związku z wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1

pkt 16 i 17 ustawy Pzp, niemniej jednak uzasadniając ten zarzut skupił się na udowodnieniu, że wykonawca nie ma obowiązku wpisywać w JEDZ „TAK”, jeśli nie zgadza się z odstąpieniem od umowy.

Niezależnie jednak od uzasadnienia zawartego w odwołaniu, należy stwierdzić, że nie w każdej sytuacji możliwe jest zastosowanie instytucji samooczyszczenia w celu umożliwienia wykonawcy uniknięcia wykluczenia. Przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp mają szczególny charakter, ponieważ ich zaistnienie świadczy o nierzetelnym zachowaniu danego wykonawcy w postępowaniu. W ocenie Izby, wprowadzenie zamawiającego w błąd poprzez zamierzone podanie informacji nieprawdziwej (w tym wypadku: że nie doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy) nie pozwala na zastosowanie instytucji samooczyszczenia, gdyż sprowadzałoby się do umożliwienia wykonawcy zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Odrębną kwestią jest to, w jaki sposób odwołujący miałby złożyć dowody w ramach samooczyszczenia w sytuacji, gdy konsekwentnie twierdzi, że nie wprowadził zamawiającego w błąd wpisując w JEDZ „NIE”. Zarówno zamierzony sposób wypełnienia JEDZ, jak i konsekwentne stanowisko odwołującego co do prawidłowości tego wypełnienia, stoją na przeszkodzie temu, aby odwołujący mógł dokonać samooczyszczenia w zakresie okoliczności wprowadzenia zamawiającego w błąd (por. wyrok KIO 2668/19).

Wobec faktu odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP, Izba nie znalazła też podstaw do stwierdzenia, że zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący rzeczywiście mógłby w odpowiedzi na takie wezwanie wyjaśnić, dlaczego wpisał w JEDZ „NIE”, ale nie zmieniałoby to faktu podania informacji niezgodnej ze stanem faktycznym.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Ad. II. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Przepis przewiduje zatem możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zajądą m.in. następujące przesłanki:

- wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę,

- nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dodatkowo, określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp podstawa wykluczenia musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), zaś wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że jak wskazano już wyżej, w niniejszej sprawie ziściła się, w ocenie Izby, przesłanka rozwiązania wcześniejszej umowy. Jak wynika bowiem ze stanu faktycznego sprawy, pismem z dnia 23.12.2019 r. zamawiający odstąpił od umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP zawartej z odwołującym w dniu 17.07.2019 r. Odwołujący złożył wprawdzie w Sądzie Okręgowym w Warszawie pozew o ustalenie, że ww. odstąpienie było bezskuteczne, niemniej jednak rozstrzygnięcie Sądu w tej sprawie jeszcze nie zapadło, co oznacza, że na dzień podjęcia przez zamawiającego czynności wykluczenia odwołującego, stan faktyczny był taki (i jest nadal), że odstąpienie miało miejsce.

Jedynie na marginesie należy dodać, że nie jest też zasadna, w ocenie Izby, interpretacja art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w taki sposób, że w każdym przypadku, gdy rozwiązanie umowy staje się przedmiotem sporu sądowego pomiędzy stronami, nie można stwierdzić ziszczenia się tejże przesłanki. Przy takiej interpretacji omawiany przepis stałby się w dużej mierze martwy, gdyż w wielu przypadkach spory dotyczące realizacji i rozwiązania umów w sprawie zamówień publicznych kierowane są na drogę sądową, a czasochłonność ich rozstrzygnięcia w sądzie powoduje, że zastosowanie art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, przewidującego 3-letni okres możliwości wykluczenia wykonawcy od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, byłoby niemożliwe.

Izba przyjęła zatem w przedmiotowej sprawie stan faktyczny zaistniały w dniu podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego i stwierdziła, że odstąpienie od ww. umowy miało miejsce.

Kolejną przesłanką zawartą w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, którą rozwiązano. Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego wskazał na niewykonanie przez niego ww. umowy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego. Należy zauważyć, że niewykonanie umowy ma miejsce wtedy, gdy nie została ona całkowicie zrealizowana, natomiast nienależyte wykonanie

umowy ma miejsce wtedy, gdy świadczenie zostało wykonane, ale niezgodnie z umową np. co do jakości, ilości, czy terminu wykonania (tak też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 lutego 2002 r., sygn. akt III CZP 86/01).

W niniejszej sprawie, zgodnie z aneksem zawartym w dniu 29.11.2019 r., termin dostarczenia 3 pojazdów został wyznaczony na 20.12.2019 r. Pismem z dnia 17.12.2019 r. odwołujący zgłosił pojazd do oceny projektu modyfikacji w dniu 23.12.2019 r., a następnie pismem z dnia 20.12.2019 r. zaproponował, aby przeprowadzenie oceny odbyło się nawet w tym samym dniu. Mimo odstąpienia zamawiającego od umowy, jak wynika z kolejnych pism, w dniu 30.12.2019 r. armatki zostały dostarczone do miejsca zgodnego z umową.

W zakresie przedmiotowym, jak wynika z pisma informującego o wykluczeniu, wyprodukowane pojazdy nie spełniały wymogów dotyczących:

- 1) miejsca i sposobu montażu koła zapasowego,
- 2) sposobu wykonania nadwozia, w tym elementów osłonowych,
- 3) konstrukcji układu wodnego w zakresie pompy głównej i silnika napędzającego pompę główną,
- 4) poziomu widoczności z kabiny załogowej pojazdu podczas realizacji działań służbowych,
- 5) budowy przedziału II,
- 6) układu miotania wody, układu obronnego i gaśniczego.

Z całokształtu dokumentów dostarczonych przez strony postępowania odwoławczego, w tym m.in. z umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP, której integralną częścią była specyfikacja techniczna pojazdu, z Karty niezgodności nr 1/64/19/JK wystawionej przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa MORATEX, z prywatnych opinii powoływanych przez odwołującego biegłych, z korespondencji między odwołującym i zamawiającym, wynika że:

ad. 1) Koło zapasowe rzeczywiście nie zostało przez odwołującego zamontowane pod pojazdem (jak wymagano w pkt 3.6.17. siwz), ale w skrytce tylnej, co pozwoliło wg odwołującego zachować wymagany kąt zejścia 23 stopnie. Tym samym, faktem jest, że koło zostało zamontowane, choć w sposób inny niż wynikający z umowy.

ad. 2) W karcie niezgodności nr 2/64/19/JK wystawionej przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa MORATEX, na którą powołuje się zamawiający w treści pisma informującego o wykluczeniu, nie odniesiono się do kwestii braku zsuwania się przedmiotów z dachu kabiny załogowej i dachu przedziału II, jak też do grubości elementów osłonowych zamontowanych na pojeździe, a jedynie wskazano na „brak potwierdzeń przez przedstawicieli Zamawiającego oceny projektu modyfikacji pojazdu”. Natomiast w piśmie z dnia 26.11.2019 r. w pkt 3 i w piśmie z dnia 13.12.2019 r. w pkt 39 i 40 zamawiający rzeczywiście wskazał na niespełnienie ww. wymogów. W odpowiedzi z dnia 17.12.2019 r. odwołujący poinformował, że: „W celu uszczelnienia szczelin technologicznych zastosowano

wzmocniony płaszcz gumowy oraz przekonstruowano osłonę wokół wydechów (...)” oraz że: „Zweryfikowano grubość paneli osłonowych na dachu w tym kłapek inspekcyjnych, których powierzchnia odpowiadała 1% powierzchni dachu. Naniesiono niezbędne osłony ARC tak aby technologia była tożsama z resztą zabudowy. Wyznaczono również ścieżki komunikacyjne w kabinie pojazdu”. W dokumentacji Izba nie znalazła ustosunkowania się zamawiającego do tej odpowiedzi, a jedynie podtrzymanie jego stanowiska w piśmie informującym o wykluczeniu.

ad. 3) W zakresie układu wodnego Izba ustaliła na podstawie treści siwz (pkt 3.4.4. i 3.4.5.), że wymagana była jedna pompa główna, jedna pompa awaryjna i jeden silnik. Zastosowane przez odwołującego rozwiązanie z dwoma pompami głównymi i dwoma silnikami nie jest więc tożsame z opisanym w siwz. Odwołujący powołuje się na pkt 3.4.1.b) OPZ, gdzie zamawiający wpisał „pompa/y wody”, co wskazuje na możliwość zastosowania więcej niż jednej pompy, jednakże tożsamego sformułowania nie zastosowano co do silnika, co oznacza, że dopuszczalny był tylko jeden silnik. Z siwz nie wynika też, aby ww. wymogi były wymogami jedynie minimalnymi. Faktem zatem jest, że zastosowano inne rozwiązanie co do układu wody niż wynikające z umowy.

ad. 4) Izba stwierdziła, że w wymaganiach zamawiającego dotyczących „dobrej widoczności” szyb, określonych w pkt 3.2.21 OPZ, nie wskazano konkretnych parametrów zapewniających taką widoczność i konieczności zamontowania szyb profilowanych. W dokumentacji zawierającej stanowisko zamawiającego i Instytutu Technologii Bezpieczeństwa MORATEX Izba nie znalazła też konkretnych co do tego np. w jaki sposób stwierdzono „nie dobrą widoczność”, czy w trakcie jakich manewrów, jaki zasięg / z której strony nie będzie dość dobrze widoczny. Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia, że szyby zostały wykonane w sposób inny niż wynikający z siwz (załącznika do umowy).

ad. 5) Z pkt 3.3.2. OPZ wynika, że przedział II ma być wykonany z materiałów kompozytowych i w nawiasie skonkretyzowano, że ma to być laminat poliestrowo-szkłany, natomiast w pkt 3.3.4. wskazano, że skrytki wewnętrzne mają być wykonane z wykorzystaniem aluminiowych profili konstrukcyjnych i dedykowanych do nich elementów łączących i kompletujących. W toku postępowania prowadzonego w 2019 r. zamawiający odmówił w odpowiedzi na pytanie wykonawcy zastosowania szkieletu aluminiowego. Z powyższego wynika, że zastosowane przez odwołującego rozwiązanie, w którym konstrukcja przedziału II ma warstwy: szkieletu aluminiowego, płyty kompozytowej i laminatu, nie jest tożsame z ww. odpowiedzią zamawiającego i z pkt 3.3.2. OPZ, gdzie mowa jest jedynie o laminacie poliestrowo-szkłanym.

ad. 6) W stosunku do działania układu miotania wody, układu obronnego i gaśniczego zamawiający zawarł zastrzeżenia w pkt 33 – 38 pisma z dnia 13.12.2019 r. W odpowiedzi z dnia 17.12.2019 r. odwołujący wskazał, w jaki sposób usterki zostały naprawione, pisząc

m.in. że wyeliminowano zjawisko spadku ciśnienia, zmieniono stężenie barwnika, zmodyfikowano przyłączy do tankowania substancji barwiącej, nabyto odpowiedni środek pianotwórczy, zmieniono ułożenie dysz gaśniczych. W dokumentacji Izba nie znalazła ustosunkowania się zamawiającego do tej odpowiedzi, a jedynie podtrzymanie jego stanowiska w piśmie informującym o wykluczeniu.

Przytoczone powyżej okoliczności i ustalenia wskazują, że przedmiot zamówienia po pierwsze, był zgłaszany zamawiającemu do odbioru i został ostatecznie dostarczony do wyznaczonego miejsca w dniu 30.12.2019 r., po drugie zaś, został zrealizowany, o czym świadczy zarówno sam fakt jego dostarczenia, jak i dokumentacja, z której wynika, że część spornych elementów pojazdów została wykonana, choć w inny sposób niż określony w siwz będącej załącznikiem do umowy, część została wg odwołującego dostosowana do wymagań zamawiającego, a część zastrzeżeń zamawiającego nie znajduje, w ocenie Izby, oparcia w postanowieniach siwz. W każdym z ww. przypadków sporny element został jednak wykonany, co oznacza, że nie jest zasadne stanowisko zamawiającego, jakoby umowa nie została w ogóle wykonana. Tym bardziej, że zastrzeżenia zamawiającego dotyczą jedynie kilku spośród wielu wymogów zawartych w siwz, co nawet przyjmując argumenty zamawiającego, prowadziłoby do wniosku, że pozostała, znacząca większość wymogów została spełniona. Tym samym nie ziszcila się wobec odwołującego przesłanka niewykonania umowy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji bezprzedmiotowe staje się rozstrzygnięcie, po czyjej stronie leżała przyczyna niewykonania umowy, skoro w ocenie Izby, do niewykonania umowy nie doszło.

W tym miejscu należy zauważyć, że wprawdzie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje także przesłankę nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, ale zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty są natomiast kierowane przeciwko konkretnej czynności zamawiającego. W tym wypadku czynność zamawiającego, tj. czynność wykluczenia, nie obejmowała wskazania jako przesłanki wykluczenia - nienależytego wykonania umowy przez odwołującego. Tym samym Izba nie może w przedmiotowej sprawie rozstrzygać, czy odwołujący stosując częściowo inne rozwiązania (wg niego nowocześniejsze i korzystniejsze) nienależycie wykonał umowę, skoro zamawiający nie podniósł tego argumentu w ramach czynności wykluczenia. Innymi słowy: Izba nie może w swoim rozstrzygnięciu wykraczać poza zakres zarzutów odwołania, które z kolei są ściśle związane z zakresem czynności dokonanej przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie oznacza to, że mimo, iż norma art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp obejmuje swoim zakresem również przesłankę nienależytego wykonania umowy, to z uwagi na niepodniesienie tej przesłanki przez zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu, kwestia ta pozostaje poza

zakresem rozpoznania niniejszej sprawy.

Konsekwencją braku podstaw do rozpoznania odwołania w zakresie przesłanki nienależytego wykonania umowy przez odwołującego jest też niemożność odniesienia się do przesłanki istotności i przyczyn nienależytego wykonania umowy. Skoro bowiem argument nienależytego wykonania umowy nie został podniesiony przez zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu, bezprzedmiotowe staje się przesądzenie, czy ewentualne nienależyte wykonanie miało charakter istotny i po czyjej stronie leżała przyczyna ewentualnego nienależytego wykonania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że z uwagi na to, że wobec odwołującego nie ziszcila się przesłanka niewykonania umowy nr 188/19/Ctr/19/TJ/PMP, zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Ad. III. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Przepis ma zastosowanie do sytuacji, jakie mogą mieć miejsce w postępowaniach kilkietapowych, np. w przetargu ograniczonym. Chodzi o takie sytuacje, gdy zamawiający nie zaprasza wykonawcy do składania ofert z powodu wcześniejszego wykluczenia (art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp) lub niespełnienia kryteriów selekcji (art. 51 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku przetargu ograniczonego), a mimo to wykonawca składa ofertę. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (w trybie jednoetapowym), zatem ww. przepis nie ma zastosowania.

Ad. IV. Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego i świadków, gdyż materiał dowodowy złożony przed i na rozprawie (w tym w dużej mierze przez odwołującego) był wystarczający do rozpoznania sprawy. Ponadto okoliczności, które zgodnie z pismem odwołującego z dnia 03.06.2020 r. miały być stwierdzone dowodem z zeznań świadków, nie miały charakteru faktów, a oceny tych faktów (np. brak formułowania zrozumiałych poleceń, bezzasadność odmowy akceptacji projektu modyfikacji pojazdu) lub też nie były niezbędne do rozpoznania sprawy (np. przebieg konsultacji technicznych, odmowa przedyskutowania niezgodności na spotkaniu).

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się przede wszystkim zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Potwierdził się natomiast zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia

odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, co jednakże nie miało wpływu na wynik postępowania w świetle rozstrzygnięcia Izby w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972). W szczególności Izba wzięła pod uwagę, że pomimo uznania zasadności zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów, wykluczenie odwołującego z postępowania zostaje podtrzymane. Tym samym, zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia, Izba postanowiła obciążyć odwołującego całością kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący