

Sygn. akt: KIO 1573/21

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Członkowie: **Katarzyna Odrzywolska**
 Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polbud - Pomorze sp. z o.o.; Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o.; Wibra Infrastruktura sp. z o.o. sp. k., Łącko 18, 88-170 Pakość** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Budowa obwodnicy Koszalina i Sianowa na S6 wraz z odcinkiem S11 od węzła Bielice do węzła Koszalin Zachód od km 6+400 do km 14+300” (nr GDDKiA O.Sz.D-3.2410.57.2020). Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE 31 grudnia 2020 r. 2020/S 255-639320.

Odwołujący: Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechania dokonania czynności Zamawiającego - niezgodnych z przepisami ustawy Pzp - polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Pakości - Lider Konsorcjum, Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, WIBA RECYCLING TECHNOLOGIES sp. z o.o.sp. k. (dalej również jako „Konsorcjum POLBUD”),
- 2) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum POLBUD z Postępowania mimo przedstawienia Zamawiającemu informacji i dowodów dotyczących sytuacji Partnera Konsorcjum - MPDiM odnoszących się do niewykonania, z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy, w stopniu istotnym wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich z/s w Rzeszowie,
- 3) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum POLBUD z Postępowania wobec przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie odnoszącym się do oświadczenia złożonego przez Partnera konsorcjum - Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów sp. z o.o. (dalej: „MPDiM”) w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ”) cz. III: Podstawy wykluczenia, C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi w zakresie przypadków rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji (strona 13 formularza JEDZ).

Zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 12, art. 24 ust. 5 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POLBUD, pomimo że MPDiM, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z zamawiającym - Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie,

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum POLBUD, w sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje dotyczące sytuacji MPDiM, wprowadzające Zamawiającego w błąd, a dotyczące przypadków rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum POLBUD podlegającej wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, która winna być odrzucona.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum POLBUD i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum POLBUD.

z Postępowania.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji i Odwołujący ma realną szansę uzyskania.

Uzasadniając stanowisko odwołujący wskazał, na stan faktyczny, zgodnie z którym w pkt 8.2 siwz Zamawiający przewidział, że wykluczy Wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub 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. Postanowienie to odpowiada przepisowi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - fakultatywnej przesłance wykluczenia.

Składając z ofertą Konsorcjum POLBUD dokument: JEDZ Partnera, tj. MPDiM, wykonawca ten oświadczył w JEDZ, w części III C w odpowiedzi na pytanie: (s. 13 JEDZ) „NIE”/

Odwołujący powziął wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia, które sformułował w piśmie z 8 marca 2021 r., do Zamawiającego; podał, że z pozyskanych informacji wynika, że wykonawca ten (działając w konsorcjum z Wolmost Sp. z o.o.) podpisał umowę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej nr 886 na odcinku pomiędzy planowaną obwodnicą miasta Sanoka a drogą krajową nr 28” z zamawiającym, tj. Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie.

Odwołujący powziął również informację o odstąpieniu od omawianej umowy z przyczyn pozostających po stronie wykonawcy, tj. Konsorcjum oraz w konsekwencji na naliczeniu kar umownych w wysokości 2.138.480,07 zł. Odwołujący weryfikował informacje na podstawie dostępnych doniesień medialnych, z których wynikało, że w ocenie zamawiającego

Podkarpackiego Zarządu sposób i tempo realizacji, oraz roszczenia finansowe i terminowe nie rokują skutecznego zakończenia i rozliczenia projektu. Zamawiający wskazał, że odstąpił od umowy z konsorcjum. Ponadto zamierzał pierwszej kolejności przeprowadzić inwentaryzację i przejęcie placu budowy, a następnie ogłosić nowy przetarg na dokończenie inwestycji.

Zamawiający 11 marca 2021 r. skierował do Konsorcjum POLBUD wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego Formularza 3.1. JEDZ Partnera - MPDiM. Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca ten w formularzu oświadczył, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje.

Równolegle, Zamawiający skierował również pismo do inwestora, tj. Podkarpackiego Zarządu z prośbą o przekazanie informacji na temat odstąpienia od umowy. W piśmie tym Zamawiający prosił o wskazanie następujących okoliczności:

- Czy umowa została rozwiązana przed czasem?
- Czy rozwiązanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy?
- Podstawy rozwiązania ww. umowy?
- Czy wykonawca odwołał się od decyzji zabawiającego?
- Czy w przedmiotowej sprawie toczy się postępowanie sądowe?

Zamawiający zwrócił się również do inwestora z prośbą o przekazanie wszelkich informacji mogących mieć wpływ na prowadzone przez Zamawiającego postępowanie. Kolejnego dnia Zamawiający skierował do inwestora, kolejne pismo z doprecyzowaniem, że wnosi również o uwzględnienie w odpowiedzi informacji o naliczonych karach w stosunku do Konsorcjum.

14. W odpowiedzi inwestor, w piśmie z 15 marca 2021 r. oświadczył, że:

- odstąpił od umowy nr 321/3052/243/WFU/5/2017 z dnia 18 lipca 2017 r. zawartej przez Konsorcjum MPDiM i Wolmost Sp. z o.o. na realizację zadania na „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej nr 886 na odcinku pomiędzy planowaną obwodnicą miasta Sanoka a drogą krajową nr 28”,
- termin realizacji został określony na 31.08.2018 r. i był kilkakrotnie aneksowany w trakcie realizacji zamówienia, a ostatni zawarty aneks przewidywał ukończenie robót do 13.03.2020.
- wykonawca Konsorcjum wystąpił do inwestora z roszczeniem finansowym stanowiącym wzrost wartości inwestycji o ponad 90% w stosunku do wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego ustalonego w drodze przetargu publicznego oraz z wnioskiem o wydłużenie terminu realizacji do 30.06.2022 r.,
- inwestor uznał za zasadne w części roszczenie finansowe oraz zasadność wydłużenia terminu realizacji zadania do 20.07.2021 r.,

- inwestor oraz wykonawca inwestycji - Konsorcjum nie mogli się porozumieć co do wartości należnych dodatkowych kosztów, jak również w zakresie terminu. W związku z tym wykonawca złożył w dniu 31.12.2020 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 491 § 1 i 2, art. 492.1, art. 640 kc oraz Subklauzuli 16.2 Warunków kontraktu. W odpowiedzi, inwestor w piśmie z 21.01.2021 r. przedstawił argumentację o braku podstaw do uznania za skuteczne wystąpienia wykonawcy z dnia 31.12.2020 r.,

- 19.02.2021 r. inwestor złożył skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 491 § 1 i 2, art. 492.1 oraz art. 635 w zw. z art. 656 § 1 kc. Obciążył wykonawcę karą umowną w wysokości 10% Ceny Kontraktowej. Kara umowna nie została uiszczona.

- inwestor poinformował, że trwają czynności związane z rozliczeniem kontraktu i zwrotnym przekazaniem placu budowy, a także że w sprawie nie toczy się postępowanie sądowe.

Odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzieliło Konsorcjum POLBUD oświadczając, że Partner - MPDiM nie miał obowiązku notyfikowania w JEDZ informacji o zerwanej umowie,

- MPDiM nie ponosi winy za problemy związane z realizacją analizowanej umowy,

Zdaniem Konsorcjum POLBUD odstąpienie od umowy przez inwestora jest nieskuteczne, a do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie inwestora,

- „czynność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest czynnością najdalej ingerującą w prawa wykonawcy, pozbawia go bowiem możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Dlatego przyjmuje się, że przepisy przewidujące „tego typu sankcje muszą być wykładane w sposób ścisły i nie jest na tym polu dopuszczalna wykładnia rozszerzająca ”

„nie sposób uznać, że istnienie sprzecznych stanowisk pomiędzy stronami umowy może generować „domniemanie ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp”,

- w odniesieniu do MPDiM „nie ziszcza się kluczowa przesłanka z art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp, jaką jest doprowadzenie do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie MPDiM”.

Odwołujący wskazuje, że wg informacji od inwestora opisywanego zadania realizacja została rozwiązana przed czasem, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - MPDiM.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

MPDiM, oświadczył w treści JEDZ, w części III: Podstawy wykluczenia, C: Podstawy związane z niewypłacalnością /.../ (s. 13), że w stosunku do niego nie doszło do żadnego przypadku rozwiązania umowy przed czasem, co w świetle dokumentów stanowi nieprawdę.

Wykonawcy składający oferty mają obowiązek wykazać się starannością i profesjonalizmem. Mają obowiązek rzetelnego i pełnego informowania o sytuacjach, w których doszło do wcześniejszego rozwiązania umowy, naliczenia odszkodowania czy podobnych sankcji. Dzięki temu zamawiający mają możliwość weryfikacji przeszłości wykonawców i podejmują świadome decyzje w oparciu o zgromadzone informacje, dowody i oświadczenia. W przypadkach, w których uznają, że wykonawca miał w przeszłości problemy z ukończeniem inwestycji, mogą również zdecydować o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania.

Z przesłanką z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp skorelowane jest pytanie w JEDZ. O ile jednak w przepisie wskazany jest element uzależnienia wykluczenia z postępowania od zaistnienia okoliczności w postaci obciążenia wykonawcy przyczynami zaistniałej sytuacji, o tyle element ten nie pojawia się w treści pytania JEDZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu i składający swoją ofertę zobowiązani są do rzetelnego udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w przeszłości wykonawcy miał miejsce fakt rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy, i podania szczegółowych informacji na ten temat. Samo podanie tych informacji nie oznacza automatycznej konieczności wykluczenia wykonawcy. Podejmując decyzję o udzieleniu odpowiedzi przeczącej w formularzu mimo świadomości przeciwnego stanu rzeczy, wykonawca pozbawia zamawiającego prawa do dokonania samodzielnej oceny doświadczenia wykonawcy.

Konsekwencją nieprawidłowego wypełnienia JEDZ jest wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Konsorcjum POLBUD nie podlega wykluczeniu, w sytuacji, w której wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje dotyczące sytuacji MPDiM, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp powinien być zastosowana zawsze, gdy wykonawca, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. Z treści samego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który wskazuje, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wpływają istotne w kontekście omawianego stanu faktycznego konsekwencje.

Dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, w formie lekkomyślności lub niedbalstwa. Podając informacje odnoszące się do doświadczenia Partnera Konsorcjum - MPDiM Konsorcjum POLBUD staranności nie wykazało. Składanie przez MPDiM w treści JEDZ deklaracji o nie znajdującym pokrycia w rzeczywistości stanie przedwcześnie rozwiązanych umów było

działaniem wprowadzającym w błąd Zamawiającego i świadczącym o braku starannego zweryfikowania tej okoliczności przez Konsorcjum POLBUD.

Za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się „takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Stanowisko to ma potwierdzenie w orzecznictwie. Treść złożonego przez MPDiM oświadczenia w JEDZ sprawiać miała wrażenie, że w stosunku do wykonawcy nie występują przesłanki wykluczenia, co fałszywie oddawało stan faktyczny sprawy. Działania Konsorcjum POLBUD odniosły oczekiwany skutek. gdyż Zamawiający błędnie uznał, że Konsorcjum POLBUD nie podlega wykluczeniu.

W przedmiotowym stanie faktycznym, konsekwencją podania ww. informacji jest obligatoryjne wykluczenie Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17, względnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. W takiej sytuacji, nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą.

Konsekwencją uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując: w ocenie Odwołującego, w odniesieniu do inwestycji realizowanej na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich, doszło do wypełnienia przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, co wobec uwzględnienia tej przesłanki fakultatywnej w treści dokumentacji Postępowania, uzasadniało konieczność wykluczenia wykonawcy Konsorcjum POLBUD z Postępowania,

2) udzielenie odpowiedzi przeczącej na pytanie w JEDZ przez Partnera Konsorcjum - MPDiM świadczyło o przedstawieniu informacji - w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa - dotyczących sytuacji MPDiM, wprowadzających Zamawiającego w błąd i mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, skutkujące wyborem oferty Konsorcjum POLBUD jako najkorzystniejszej,

3) konieczność udzielenia odpowiedzi twierdzącej w omawianym pytaniu motywowana jest ochroną uczciwej konkurencji, a także zasad równości wykonawców w Postępowaniu, a także przejrzystości Postępowania.

Załączono dokumenty wskazane w piśmie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, co następuje. Potwierdził treść oświadczenia złożonego MPDiM w JEDZ oraz przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp..

Zamawiający nie podziela zapatrywania, jakoby Wykonawca złożył nieprawidłowe oświadczenie. Zamawiający określił przesłankę wykluczenia obejmującą zakresem rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a ten ma prawo przyjąć, iż wymóg podania informacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy dotyczy sytuacji, w której rozwiązanie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Skoro przesłanka wykluczenia z postępowania wskazuje na sytuację związaną z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to w JEDZ podaje się informacje o takich sytuacjach. Należało na podstawie dokumentacji stwierdzić czy Wykonawca miał obowiązek, w tym konkretnym stanie faktycznym, złożyć oświadczenie przeciwne, bowiem dopiero analiza tej okoliczności będzie determinowała możliwość odpowiedzi na pytanie czy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z niekwestionowanego stanu faktycznego wynika, że między stronami umowy 321/3052/243/WFU/5/2017 istnieje spór, nierozstrzygnięty. Przyjęcie stanowiska odwołującego oznaczałoby konieczność wskazywania przez wykonawców dokładnej historii zawartych umów, a po stronie zamawiającego - przeprowadzania szczegółowych badań każdej z umów wskazanych przez wykonawców.

Trudno uznać za racjonalne oczekiwanie od Zamawiającego) że tego rodzaju badania będzie przeprowadzał, ich prowadzenie mogłoby znacząco wydłużyć prowadzone postępowanie. Jak wskazano powyżej, wypełnienie dokumentu JEDZ powierzone zostało wykonawcy, jest on zobowiązany do podania w nim informacji prawdziwych.

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. Ponieważ fakt rozwiązania umowy nie jest trudny do udowodnienia, podstawowy problem z oceną, czy zaszły okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy na mocy powyższej przesłanki, sprawia ocena, czy dana umowa została niewykonana lub nienależycie wykonana w stopniu istotnym. Problematykę powyższą analizowała wielokrotnie KIO, co znalazło odzwierciedlenie w treści licznych orzeczeń. Jak wynika, chociażby z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego sam Zamawiający — Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie w piśmie z 15.03.2021 r. przyznaje, że istnieje spór co do skuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w pierwszej kolejności przez Wykonawcę, a następnie blisko półtora miesiąca później przez Zamawiającego.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie czuje się uprawniony do dokonywania ustaleń, co do ewentualnego wyniku postępowania sądowego, o ile do takiego dojdzie, również nie

można nie zauważać argumentacji przedstawionej przez Wykonawcę w oświadczeniu z 31.12.2020 r. złożonego Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie.

Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że przyczyny wypowiedzenia umowy czy odstąpienia od umowy stanowią jedynie subiektywną ocenę zamawiającego co do sposobu realizacji umowy, przy czym bez rozstrzygnięcia np. sądowego, czy świadczenie zostało nienależycie wykonane, zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p.

Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym, nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy. Nadto jak wskazuje się w orzecznictwie, odstąpienie od umowy nie tworzy żadnych domniemań związanych z kwestią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Sąd Najwyższy nie przez przypadek w orzeczeniu odstąpił od kategorycznego stwierdzenia, że odstąpienie od umowy stanowi potwierdzenie nienależytego wykonania umowy, gdyż takiego skutku oświadczenie to nie wywołuje (komentarz Nowicki Józef Edmund, Kotecki Mikotaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019)

Zamawiający uznał, że 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, a w ocenie Wykonawcy rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i tą ocenę manifestuje nie tylko wobec swojego kontrahenta, ale również wobec zamawiającego w niniejszym postępowaniu, to zdaniem Zamawiającego, miał prawo złożyć oświadczenie o treści jak na str. 13 dokumentu JEDZ. Co za tym idzie, nie wprowadził on zamawiającego w błąd i konsekwentnie Zamawiający dokonując w/w oceny nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosiło konsorcjum Polbud – Pomorze sp. z o.o. w Łącku, Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o. w Rzeszowie i Wibra Infrastruktura sp. z o.o. sp. k. wnosząc o oddalenie odwołania z przedstawieniem argumentacji w złożonym piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania na rozprawie z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składa się w szczególności dokumentacja prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia oraz

stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba uznała, że odwołujący wykazał ziszczenie się przesłanki wniesienia odwołania, o której stanowi art. 505 ust. 1 ustawy pzp, jaką jest interes w uzyskaniu zamówienia i ryzyko poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jak wynika z sentencji niniejszego wyroku Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestionowane jest przez odwołującego dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Polbud, w skład którego wchodzi wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jako partner konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona jako niezgodna z ustawą Pzp.

Powyższe opiera na fakcie, iż Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów sp. z o.o. wykonywał wraz z innym podmiotem w formie konsorcjum umowę nr 321/3052/243/WFU/5/2017 z dnia 18 lipca 2017 r. zawartej przez Konsorcjum MPDiM i Wolmost Sp. z o.o. na realizację zadania na „Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej nr 886 na odcinku pomiędzy planowaną obwodnicą miasta Sanoka a drogą krajową nr 28”, termin jej realizacji został określony na 31.08.2018 r., i był kilkakrotnie aneksowany w trakcie realizacji, a ostatni zawarty aneks przewidywał ukończenie robót do 13.03.2020.

Jak ustalił skład orzekający strony umowy nadal pozostają w sporze (lub w toku negocjacji) co do zakresu robót, należnego wynagrodzenia i przewidywanego terminu wykonania. Poza tym zarówno wykonawca, jak i inwestor złożyli wzajemnie oświadczenia o odstąpieniu od umowy wskazując na przyczyny odstąpienia leżące po stronie kontrahenta.

W ocenie odwołującego brak zamieszczenia informacji o fakcie rozwiązania umowy przed terminem w dokumencie JEDZ prowadzi do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, ponieważ wykonawca – członek konsorcjum, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej niedbalstwa lub lekkomyślności, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji Zamawiającego w postępowaniu. Z tego samego faktu wywiedziono naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, którego treść została decyzją zamawiającego wskazana w pkt 8.2 siwz jako podstawa wykluczenia z postępowania polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z postępowania,

jako że wykonawca nie przedstawił informacji o rozwiązaniu poprzedniej umowy w odpowiedzi na stosowne pytanie w formularzu JEDZ.

Wskazując na dokument JEDZ skład orzekający, za wyrokami KIO 1425 i 1426/21, KIO 2094/20 i KIO 2573/20, zauważa, że dokument JEDZ ma charakter uniwersalny. 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 wskazanego pytania wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie zrealizowanych przez niego umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. 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 pzp, z postępowania 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zatem skoro przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazuje na sytuację związaną z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to w dokumencie JEDZ powinny znaleźć się informacje o takich właśnie sytuacjach. Zdaniem odwołującego 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 takiego stanowiska 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. Jak wskazano powyżej, wypełnienie dokumentu JEDZ powierzone zostało wykonawcy, jest on zobowiązany do podania w nim informacji prawdziwych.

W rozpatrywanej sprawie odwołujący wywodzi stanowisko z faktu rozwiązanie umowy w wyniku odstąpienia od niej przez inwestora - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie nie negując przy tym wcześniejszego oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez wykonawcę.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Przyjmując, że do rozwiązania umowy istotnie doszło, nie ma podstaw do stwierdzenia przyczyn rozwiązania, w szczególności, czy leżą one po stronie wykonawcy, w jedynie w takim stanie rzeczy,

wykonawca obowiązany był do wskazania pozytywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie w formularzu JEDZ.

W takim stanie rzeczy, w ocenie składu orzekającego, wykonawca miał uzasadnione podstawy do twierdzenia, że nie zaszła potrzeba zamieszczenia przez niego w formularzu JEDZ informacji o umowie rozwiązanej z przyczyn leżących po jego stronie. Warto przy tym zauważyć, że układ dokumentu prowadzi, w razie pozytywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, do wniosku o zaistnieniu przesłanki wykluczenia z postępowania i w kolejności potrzebie dokonania tzw. samooczyszczenia. W świetle przedstawionych ustaleń stanu faktycznego i dokonanej oceny, Izba uznaje analogiczny zarzut naruszenia przedstawionych przez odwołującego przepisów prawa za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....