

Sygn. akt: KIO 706/20

WYROK

z dnia 18 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 15 czerwca 2020 r. oraz w dniu 17 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UNIBEP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski i **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Dębicy, ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie**, ul. Turystyczna 7A, 20-207 Lublin

przy udziale wykonawcy **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numer I. 1, i: nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numer I. 2 i numer I.3;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od wykonawcy **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UNIBEP Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bielsku Podlaskim i **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Dębicy kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwotę wpisu od odwołania uiszczoną przez Odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony;
- 3.3. zasądza od wykonawcy **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków na rzecz zamawiającego - **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie**, ul. Turystyczna 7A, 20-207 Lublin kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa -Przeworsk - Kańczuga - Dynów - Grabownica Starzeńska od km 90+490 do km 115+875 na odcinku Biłgoraj - gr. Województwa”, numer referencyjny Z2/5358 (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 199-482666.

Zamawiający w dniu 23 marca 2020 r. powiadomił o wyborze oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej również: „Strabag”). W dniu 2 kwietnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim (Lider) i Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Dębicy (Partner) – dalej wspólnie: „Odwołujący” wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. wobec :

- 1) zaniechania wykluczenia z Postępowania wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z uwagi na zaistnienie wobec tego podmiotu przesłanek wykluczenia z Postępowania;
- 2) zaniechania wezwania wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie do przedłożenia wyjaśnień i dowodów, że podjęte przez tego wykonawcę środki są wystarczające do wykazania rzetelności (wobec uznania przez Zamawiającego, że nie zachodzą przesłanki skutkujące automatycznym wykluczeniem z Postępowania);
- 3) przyznania wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie maksymalnej liczby punktów z tytułu doświadczenia p. D. K. (Kierownik budowy);
- 4) dokonania wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jako najkorzystniejszej;
- 5) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające

w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia: „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?”, gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa wobec rozwiązania umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo” oraz umowy „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”;

- 2) art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z Postępowania, pomimo że wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał zamówienia pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”, co doprowadziło do rozwiązania umowy;

ewentualnie; tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do automatycznego wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp lub art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp:

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na to, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy w kontekście okoliczności związanych z realizacją umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie punktów w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie kierownika budowy” z tytułu doświadczenia nabytego przez p. D. K. w ramach inwestycji pn. „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Jeżewo - Białystok od km 614+850 do km 639+365”, gdy tymczasem p. K. nie nabył w ramach tej inwestycji doświadczenia zgodnego z postanowieniami Rozdziału XV ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

a w konsekwencji:

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z Postępowania, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, że wykluczenie STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z Postępowania jest niezasadnej;
- przyznania STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z tytułu kryterium pozacenowego „Doświadczenie kierownika budowy” 6 (zamiast 10) punktów;
- wezwania STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na to, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy w kontekście okoliczności związanych z realizacją umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 — Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”;

w każdym przypadku:

- uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą;

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania oznaczonych I.1. Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Strabag z Postępowania, pomimo że ten wprowadził Zamawiającego w błąd, udzielając przeczącej odpowiedzi na pytanie o zerwane / rozwiązane kontrakty. Odwołujący podniósł, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp mają szczególne znaczenie w ustawowej strukturze przepisów odnoszących się do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacje dotyczące zamówień publicznych, zarówno europejskie jak i krajowe, wyznaczają swoisty wzorzec profesjonalizmu i należytej staranności wymaganych od podmiotów, którym powierzone zostaną inwestycje realizowane z publicznych pieniędzy. We wzorcu tym mieści się obowiązek rzetelnego informowania instytucji

zamawiających o przeszłości wykonawcy. Mechanizm ten daje zamawiającemu każdorazowo możliwość dokonania oceny czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 Pzp, a więc przepisy, które przewidują sankcję w postaci wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy dopuścili się naruszeń prowadzących do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zarówno art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, jak i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zawierają przesłanki ocenne, podlegające subiektywizowaniu i wartościowaniu. Pierwszy z tych przepisów posługuje się tak niedookreślonymi pojęciami jak np. „zawiniony sposób”, „poważne naruszenie”, „podważenie uczciwości”. Drugi spośród badanych przepisów (art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) jest już znacznie precyzyjniejszy, niemniej także z jego treści wynika obowiązek dokonania oceny czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący przywołał pytania z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, które skorelowane są z powyższymi przepisami: art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? 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? Na podkreślenie, zdaniem Odwołującego, zasługuje istotna różnica, jaka występuje pomiędzy tymi dwoma pytaniami. Pierwsze z nich opiera się na ocennym i subiektywnym określeniu („poważne wykroczenie zawodowe”). Wykonawca, o ile nie czuje się winny problemom w związanym z historycznym kontraktem, a stanowisko to znajduje oparcie w materiale dowodowym, uprawniony jest do udzielenia na to pytanie przeczącej odpowiedzi. Zaistnienie „poważnego wykroczenia zawodowego” jest bowiem okolicznością, którą co do zasady, weryfikuje sąd powszechny, rozstrzygając spór pomiędzy wykonawcą a instytucją zamawiającą. Oczywiście jest przy tym, że na gruncie przesłanek wykluczenia okoliczność tę bada również Krajowa Izba Odwoławcza, niemniej jednak dopóki wyrok (sądu lub Izby) nie zapadł, wykonawca uprawniony jest do obstawania przy swoim stanowisku i udzielania przeczącej odpowiedzi. Nawiasem mówiąc, udzielenie odpowiedzi twierdzącej, w sytuacji, w której wykonawca np. toczy spór przed sądem powszechnym, byłoby zupełnie nieracjonalne. Odmienne kształtuje się natomiast sytuacja na gruncie pytania dotyczącego art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jakkolwiek, przepis ten uzależnia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od zaistnienia okoliczności w postaci obciążenia wykonawcy przyczynami zaistniałej sytuacji, to przesłanka ta nie pojawia się w treści samego pytania JEDZ. Pytanie to bowiem sprowadza się jedynie do weryfikacji czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której: wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, lub na wykonawcę nałożono

odszkodowanie bądź inne sankcje w związku z wcześniejszą umową, Zatem obowiązkiem wykonawcy udzielającego odpowiedzi na to pytanie jest jedynie wskazanie czy ów fakt (rozwiązanie umowy, nałożenie odszkodowania/ innej sankcji) miał miejsce. Fakt istnienia dystynkcji pomiędzy pytaniem o przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp jest zrozumiały. Pierwszy z porównywanych przepisów odnosi się, jedynie do ocennych i subiektywnych okoliczności, a więc zasadność wykluczenia wykonawcy z postępowania o oparciu o tę regulację wymaga szczegółowej analizy, przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy. Sytuacja z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest zupełnie inna. Podstawą do zastosowania tego przepisu jest bowiem mierzalna, obiektywna okoliczność, jaką jest rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Wystąpienie jednego z tych elementów nie oznacza automatycznego wykluczenia z postępowania, to będzie możliwe dopiero po ustaleniu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest skutkiem przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Niemniej jednak wykonawca bezwzględnie zobligowany jest do podania informacji o tych okolicznościach już w JEDZ, po czym przysługiwać mu będzie pełne prawo do wykazania, że nie zasługuje na wykluczenie. Zatem na etapie wypełniania JEDZ wykonawca nie może założyć, że, skoro, w jego opinii, nie zasługuje na wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (gdyż nie ponosi winy za niewykonanie/ nienależyte wykonanie umowy), to ma prawo udzielić przeczącej odpowiedzi. W ten sposób odbiera bowiem zamawiającemu prawo do oceny czy te obiektywne, „zerojedynkowe” okoliczności w istocie rzutują na jego wiarygodność, rzetelność i uczciwość. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie zarówno Izby, jak i sądów powszechnych. W wyroku z dnia 24 października 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 9218/17 Sąd Okręgowy w Warszawie, odnosząc się do analogicznej sytuacji, stwierdził: *„Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna być zostać uzupełniona przez (...), gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy z (...). Rubryka ta brzmi następująco: "Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? () Tak () Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:" (...) nie wypełniło tej rubryki gdyż uznało, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinno było to uczynić".* W dalszej części uzasadnienia sąd wskazuje, że nic nie stało na przeszkodzie, ażeby wykonawca uniknął wykluczenia z postępowania, wykazując szczegółowo zamawiającemu, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Za spóźnione należy uznać podnoszenie tych argumentów na późniejszych etapach, tj. kiedy postawiony został już zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd. Podsumowując obowiązki spoczywające na wykonawcy sąd stwierdził: *„To on musiał być transparentny w tym zakresie i "zaferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę*

odszkodowania lub inną podobną sankcją". Podobne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 80/19: „*Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: "czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" należało odpowiedzieć twierdząco. Izba podkreśla, że twierdząca odpowiedź na przytoczone wyżej pytanie nie jest uzależniona od faktu, iż do przedwczesnego rozwiązania umowy doszło z winy którejkolwiek ze stron, w szczególności z winy wykonawcy. Pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia polegającego na wcześniejszym rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji odwołujący, który udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie, wprowadził zamawiającego w błąd (...) W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy z ŚZDW, dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa*". W tym samym wyroku Izba zwraca również uwagę na istotne znaczenie informacji przekazywanych zamawiającym w JEDZ. Otóż wobec odformalizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co znajduje odzwierciedlenie m. in. w braku załączania do oferty kompletu dokumentów obrazujących spełnienie warunków oraz braku podstaw do wykluczenia) JEDZ stał się głównym źródłem informacji na temat wykonawców na etapie następującym po złożeniu ofert. Zatem wszelkie informacje ujęte w tym dokumencie muszą być precyzyjne i kategoryczne.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Strabag zataił przed Zamawiającym informacje o rozwiązanych umowach:

- a) „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo" oraz
- b) „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj.

Informacje o rozwiązaniu tych kontraktów są powszechnie dostępne i można je zweryfikować w Internecie, np.: <https://pruszczadanski-naszemiasto.pl/pruszcz-ad-problem-z-przebudowa-ul-zastawnei-zarzad-droa/ar/c4-4573327> oraz <https://gazetawroclawska.pi/ruszv-budowa-wschodniej-obwodnicv-wroclawia-lanv-dluaoleka/ar/c1-14641749>.

Odwołujący podniósł ponadto, że informacja o rozwiązaniu pierwszej z powyższych umów została potwierdzona z zamawiającym w tamtej inwestycji, którym był Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku. Przyczyny rozwiązania tych kontraktów są, zdaniem

Odwołującego, bez znaczenia w świetle ww. obowiązków wykonawcy, a wykonawca Strabag przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania.

Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa *„przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”*. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. wywołanie sytuacji, w której *„wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”*. Potwierdza to orzecznictwo Izby: *„Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. posługuje się zwrotem w formie dokonanej - „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. - dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło”*. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby zapadłym na gruncie aktualnie brzmiących przepisów. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 Izba stwierdza: *„Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego*

treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Z taką właśnie klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Strabag oświadczył, że nie znajduje się w sytuacji, w której doszło do rozwiązania umowy. Informacja ta okazała się jednoznacznie nieprawdziwa, co powinno skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia Strabag z postępowania. Określając stronę podmiotową w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo (będące formami wprowadzenia w błąd wskazującymi na niższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy, niż ten określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Jak wskazuje Izba: „Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Strabag nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Jako strona obydwu wskazanych powyżej umów o zamówienie publiczne miał pełną i niczym nieograniczoną wiedzę odnośnie tych kontraktów. Mógł zatem wyposażyć Zamawiającego w komplet informacji, które z jednej strony dałyby Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i mogłyby przekonać go co do istnienia lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania, z drugiej natomiast w pełni chroniłyby interes wykonawcy Strabag. Zatajenie tych informacji niewątpliwie nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Zatem, zatajając tę informację, Strabag liczył zapewne na to, że Zamawiający nie wejdzie w jej posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia. Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie występuje zamierzone działanie, to wykonawcy Strabag należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji w zakresie

rozwiązanych umów, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy. Do podobnych zresztą wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Warszawie, w cytowanym powyżej wyroku z dnia 24 października 2017 roku. Ustalenie, że działanie wykonawcy prowadzone było w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje zwykle niedbalstwo oraz lekkomyślność, a więc łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie budzi przy tym wątpliwości, że w niniejszej sytuacji zastosowanie znajdzie zatem również art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność. Zmaterializowały się również w niniejszej sytuacji skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach. Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wskazuje bowiem, że skutkiem tym musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd”. Co więcej, przepis ten wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w przypadku postępowania. Efekt, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zaistniał, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty Strabag. Tym samym spełniony jest również skutek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd/ zatajenia (stan dokonany), a jedynie przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Takiego ograniczenia nie zawiera art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie zatem spełnione zostały przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy Strabag w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W podsumowaniu tego zarzutu Odwołujący podniósł, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd. Wskazuje na to jednoznacznie w swoim orzecznictwie Izba, np. w wyroku z dnia 13 sierpnia 2019 r. *„Samooczyszczenie, o którym mowa w art. 24 ust 8 p.z.p. / niepodleganie wykluczeniu z art. 24 ust 9 p.z.p. w związku z art. 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. jest niemożliwe, gdyż wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wprowadził Zamawiającego w błąd nie może jednocześnie rzetelnie wykazywać, że przedsięwziął takie środki zaradcze, aby Zamawiający mógł uznać samooczyszczenie uznać za dopuszczalne”*. Podobnie w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r.: *„Łączna interpretacja art. 24 ust 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma*

wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy". Gdyby bowiem uznać, że wykonawca, nawet gdy wprowadzi zamawiającego w błąd, dostanie kolejną szansę, stanowiłoby to niczym nieuzasadnione i niebezpieczne z perspektywy systemu zamówień publicznych przyzwolenie na przedstawianie instytucji zamawiającej nieprawdziwych informacji (wykonawcy mogliby wówczas liczyć, że nawet jeśli zamawiający zorientuje się, że podane mu informacje są nieprawdziwe, to i tak dostanie kolejną szansę). Odwołujący dodał, że od rozwiązania ww. umów upłynęło mniej niż 3 lata (pierwsza rozwiązana została w lutym 2018 r., druga w 2019 roku).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż niezależnie od przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacji odnośnie kontraktu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 „ Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”, samodzielną przesłanką wykluczenia wykonawcy Strabag z postępowania jest już sam przebieg tej inwestycji, który jednoznacznie wskazuje na ziszczenie się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Z informacji pozyskanych od zamawiającego będącego stroną umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Przejazdowo (Dowód: Pismo z dnia 27 lutego 2018 r.) wynika, że:

- a) pismem z dnia 27 lutego 2018 r. zamawiający odstąpił od umowy z wykonawcą z winy wykonawcy, w oparciu o art. 635 kc w zw. z art. 656 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp oraz § 22 umowy;
- b) Strabag spóźnił się z realizacją umowy tak dalece, że nie było prawdopodobne, aby mógł wykonać przedmiot umowy w ustalonym terminie (30 sierpnia 2018 r.);
- c) Strabag nie przedłożył zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej (dokumentacja miała zostać wykonana do 30 listopada 2017 r.), pomimo że zamawiający pismami z dnia 18 i 19 stycznia 2018 r. wzywał do niezwłocznego przedłożenia tej dokumentacji;
- d) pismem z dnia 19 lutego 2018 r. Strabag przyznał, że nie wywiązał się z obowiązku przedłożenia kompletnej dokumentacji;
- e) Strabag miał obowiązek zakończyć roboty budowlane do 30 czerwca 2018 r., do 30 sierpnia 2018 r. miał zostać złożony wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie lub

miało zostać złożone zawiadomienie o zakończeniu budowy obiektu, do chwili odstąpienia od umowy Strabag nie zwrócił się do zamawiającego nawet o przekazanie placu budowy.

Zdaniem Odwołującego ziściły się przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, takie jak niewykonanie umowy i jej rozwiązanie. Ostatnią z okoliczności, która musi być wykazana na gruncie tego przepisu jest zawinienie wykonawcy. Okoliczności wskazane powyżej zdają się jednoznacznie potwierdzać, że zaistniała sytuacja nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Strabag. Wykonawca Strabag w sposób fundamentalny uchybił swoim obowiązkom związanym z analizowaną inwestycją. Jak wynika z postanowień umowy (§ 2 ust. 1) przedmiot jej powinien zostać wykonany do 30 sierpnia 2018 r., w tym roboty budowlane do 30 czerwca 2018 r., a złożenie wniosku, o którym mowa powyżej do 30 sierpnia 2018 roku. Strabag tymczasem nie wywiązał się już z podstawowych i wstępnych obowiązków spoczywających na wykonawcy, w tym z obowiązku dostarczenia zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej. Nie lepiej było na kolejnych etapach inwestycji, czego dowodem jest brak chociażby zwrócenia się do zamawiającego o przekazanie placu budowy. Okoliczności te wskazują zatem, że Strabag od początku uchybiał swoim obowiązkom w zakresie omawianej inwestycji i nie wykazywał się wymaganą gotowością do wywiązania się z obowiązków spoczywających na wykonawcy umowy o zamówienie publiczne. Zatem już z tej przyczyny Strabag powinien zostać wykluczony z Postępowania. Odwołujący jednocześnie stwierdził, że ma świadomość zawarcia pomiędzy Strabag a Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ugody sądowej, na mocy której strony zrzekły się wzajemnych roszczeń, jednakże zawarcie ugody nie wpływa jego zdaniem na ocenę prawidłowości realizacji umowy, która to realizacja znalazła odzwierciedlenie w stanowisku instytucji zamawiającej wyrażonym w piśmie z dnia 27 lutego 2018 roku. Celem ugody jest uchylenie niepewności co do roszczeń wynikających z stosunku prawnego (art. 917 kc), nie przesądza ona jednak o istnieniu lub braku istnienia zawinienia którejkolwiek ze stron (wywołuje bowiem skutki na przyszłość). Odwołujący dodał, że jeśli zawarta ugoda miałaby posłużyć do odtworzenia okoliczności istotnych z punktu widzenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, tj. ustalenia tego, kto w istocie zawinił, to ustalenia te nie byłyby dla Strabag korzystne. Jak wynika bowiem z pkt. 7 ugody Strabag zobowiązał się do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty 2 398 447,30 zł, co jest niczym innym jak pokryciem nałożonych na Strabag przez zamawiającego kar umownych. W kontekście niniejszej sprawy bez znaczenia jest również oświadczenie o cofnięciu przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadczenia o odstąpieniu od umowy (pkt 1 ugody). W orzecznictwie sądów powszechnych jednoznacznie zostało rozstrzygnięte, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie może zostać skutecznie cofnięte. Tak chociażby Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 marca 2009 r.: *„Podzielić należy pogląd, do którego w tej kwestii odwołuje się skarżący w uzasadnieniu podstaw skargi, że po dotarciu oświadczenia o odstąpieniu od*

umowy do jego adresata skutki oświadczenia nie mogą być uchylone, nawet za jego zgodą. Późniejszą, po nastąpieniu skutku odstąpienia, zgodę strony, do której skierowane zostało oświadczenie o odstąpieniu należy traktować jako przyjęcie oferty zawarcia umowy kreującej taki sam, lecz już nie ten sam stosunek prawny. Z chwilą skuteczności oświadczenia o odstąpieniu ustaje bowiem więź obligacyjna łącząca dotychczasowe strony, przestaje więc istnieć zarówno przedmiot w odniesieniu do którego odstępujący mógłby złożyć oświadczenie o cofnięciu odstąpienia, jak i strona, do której to oświadczenie miałoby być skierowane". Stanowisko to znalazło pełne poparcie w późniejszym orzecznictwie, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 lipca 2013 r.¹³, czy wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2019 roku.

Odwołujący zaznaczył, że obowiązkiem instytucji zamawiającej jest dokonanie weryfikacji informacji i dokumentów przedstawianych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający ustalił, że okoliczność rozwiązania omawianego kontraktu miała miejsce. Tym bardziej, że łatwo można to ustalić w oparciu o doniesienia medialne, np. <https://www.radiotczew.pl/wiadomosci/2124.utrudnienia-w-remontcie-drogi-i-rozwiazanie-umowv-z-wvkonawca-dojazd-do-a1-z-problemami> czy <http://pruszczenie.pl/nie-bedzie-remontu-ul-zastawnei/>. Zamawiający mógł (i powinien) dokonać weryfikacji w tym zakresie i na tej podstawie dojść do wniosku, iż zasadne jest wykluczenie wykonawcy Strabag z Postępowania. Minimalną formą dbałości o prawidłowość prowadzonego postępowania powinno być zwrócenie się do Strabag z wnioskiem o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień. Jeśli zatem Izba uzna, że nie jest zasadne wykluczenie Strabag z postępowania, to Zamawiający powinien zostać zobligowany do zwrócenia się do Strabag z wnioskiem o przedstawienia wyjaśnień, w tym w szczególności dowodów potwierdzających, że środki przedsięwzięte przez wykonawcę są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W oparciu o tak przeprowadzoną procedurę samooczyszczenia Zamawiający wszedłby w posiadanie kompletu informacji pozwalających ponad wszelką wątpliwość ustalić zasadność zastosowania wobec Strabag przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że nakazanie Zamawiającemu wezwania Strabag do wywiązania się z procedury samooczyszczenia może mieć miejsce nie tylko po ustaleniu, że automatyczne wykluczenie jest niezasadne, ale i po uznaniu, że wobec Strabag nie znajdują zastosowania podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zastosowanie tych przepisów, wyłącza możliwość przeprowadzenia procedury wyjaśniającej bądź samooczyszczenia i skutkować powinno automatycznym wykluczeniem z Postępowania.

Uzasadniając trzeci zarzut Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XV ust. 3 SIWZ Zamawiający przyznawał punkty w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie

kierownika budowy' w oparciu o doświadczenie opisane w następujący sposób: „Punktowane będzie doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 65 000 000,00 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego”. Wykazanie czterech inwestycji zgodnych z powyższym opisem skutkowało miało przyznaniem maksymalnej liczby punktów w związku z omawianym kryterium (10 punktów).

Wykonawca Strabag wskazał do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana D. K. . W treści formularza ofertowego przedstawione zostały cztery inwestycje. Pierwszą z nich jest „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej Nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Jeżewo - Białystok od km 614+850 do km 639+365” („Zadanie Jeżewo - Białystok”). Inwestycja ta realizowana była na rzecz białostockiego oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, jej wartość została określona jako 553 299 486,02 zł netto. Pan Kaczmarczyk nie nabył w toku realizacji Zadania Jeżewo - Białystok doświadczenia niezbędnego do uzyskania w ramach omawianego kryterium oceny ofert dodatkowych punktów. Jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego od białostockiego oddziału GDDKiA w trakcie realizacji Zadania Jeżewo - Białystok funkcję Kierownika Budowy pełniła inna osoba tj. Pan A. C., a Pan D. K. pełnił funkcje Kierownika Budowy w zastępstwie dwukrotnie przez 7 i 2 dni, w terminach: od 16 sierpnia 2011 r. do 22 sierpnia 2011 r. oraz od 24 maja 2012 r. do 25 maja 2012 roku. (Dowód: pismo z dnia 17 marca 2020 r.). Odwołujący stwierdził, że ma świadomość, że treść kryterium sformułowana przez Zamawiającego nie wskazuje na obowiązek pozostawania na stanowisku Kierownika budowy przez określony czas, np. od początku do końca zadania, lub przez okres jednego roku. Niemniej jednak nie sposób zaakceptować sytuacji, w której dana osoba zastępując przez kilka dni Kierownika budowy faktycznie sprawującego swoją funkcję nabyła doświadczenie, którego wymagał Zamawiający. Tym bardziej, że analizowana inwestycja trwała kilka lat (umowa zawarta 12 sierpnia 2009 r., protokół odbioru końcowego robót podpisano natomiast 19 lutego 2015 roku). Zgodnie z treścią kryterium za referencyjne mogły być uznane jedynie inwestycje o wartości min. 65 mln zł netto. Zgodnie z intencją Zamawiającego zatem nie każde doświadczenie nabyte na stanowisku Kierownika budowy miało zagwarantować przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów, a jedynie takie, które zdobywane było w toku inwestycji o niebagatelnej wartości. Tymczasem analiza realizacji Zadania Jeżewo - Białystok wskazuje, że w okresie, w którym Pan K. zastępował Pana C. na stanowisku Kierownika budowy wykonano prace o wartości nieprzekraczającej kilku milionów PLN . Wskazuje to, że wykonawca Strabag, jak również Zamawiający, zdecydowali się potraktować opis kryterium oceny ofert w oderwaniu

od jego istoty, która sprowadza się do weryfikacji faktycznie nabytego przez Kierownika budowy doświadczenia. Taka ocena doświadczenia ma charakter jedynie pozorny i prowadzi do absurdalnego wniosku, zgodnie z którym Zamawiający powinien przyznać dodatkowe punkty wykonawcom, którzy posłużą się Kierownikiem budowy, który swoje doświadczenie nabył poprzez pełnienie owej funkcji przez np. jeden dzień. Koncepcji takiej nie sposób pogodzić z celem, jaki przyświeca kryteriom oceny ofert czy warunkom udziału w postępowaniu, jakim jest weryfikacja faktycznie nabytego doświadczenia. Wykonawca Strabag powinien uzyskać 6 zamiast 10 punktów z tytułu kryterium doświadczenia Kierownika budowy. W ten sposób oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w Postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 17 kwietnia 2020 r. uwzględnił w całości zarzuty Natomiast pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował o zmianie stanowiska wyrażonego w piśmie z 17 kwietnia 2020 r. i o uwzględnieniu odwołania w części, tj. zakresie zarzutów pkt II.1 i II.2 według numeracji uzasadnienia odwołania, co odpowiada pkt I.1 i I.2. odwołania. Następnie w składanych pismach Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie, podtrzymując swoje stanowisko co do braku zasadności odwołania w zakresie trzeciego zarzutu, jak również stwierdzając m.in., że w uzasadnieniu odwołania brak jest szczegółowej argumentacji w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający oświadczył, że nie dopuścił się naruszenia zasady wyartykułowanej we wskazanym przepisie. Postępowanie prowadzone było w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. O okolicznościach podniesionych w odwołaniu związanych z rozwiązaniem umów przez Strabag Sp. z o.o. Zamawiający nie miał wiedzy w chwili podejmowania decyzji związanych z wyborem oferty wykonawcy.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu sformułowanego, Zamawiający stwierdził, że sprowadza się on do polemiki z postanowieniami SIWZ, czyli jest spóźniony. Ogłoszenie w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w dniu 15 października 2019 r., zatem termin na złożenie odwołania w tej kwestii upłynął w dniu 25 października 2019 r. Nadto Zamawiający przytoczył postanowienie Rozdziału XV ust. 3 SIWZ oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał m.in., że w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w SIWZ. Dlatego też musi on zawierać wszystkie elementy, które będą brane pod uwagę przy ocenie danego kryterium. Zamawiający oceniając oferty nie może ani uszczegółowić zasad oceny poprzez badanie w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany w zapisach SIWZ, ani też odstępować od zasad, które opisał uprzednio. Odwołujący nie wskazuje, aby treść kryterium cenowego była dla niego niezrozumiała, bądź niejednoznaczna. Zamawiający w sposób w pełni świadomy sformułował wskazane wyżej

kryterium cenowe. Kryterium to zostało powiązane z wartością inwestycji, przy czym Zamawiający, kierując się wieloletnim doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji drogowych przyjął, że kierownikiem robót lub kierownikiem robót branży drogowej, na inwestycjach o wartości ponad 65.000.000,00 PLN nie zostają przypadkowe osoby. Bardzo istotny jest zapis zawarty w przywołanym kryterium wskazujący, że „inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego”. Kryteria oceny ofert konstruowane przez Zamawiających nie mogą prowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców zamówień publicznych. Częstą praktyką jest realizacja inwestycji przez kilku kierowników robót lub kierowników branży drogowej. Także czas realizacji poszczególnych inwestycji jest mocno zróżnicowany - trwa on od kilku do kilkudziesięciu miesięcy. Nie sposób jest zatem przewidzieć wszystkie występujące stany faktyczne. Rolą Zamawiającego jest takie skonstruowanie kryterium oceny ofert, które będzie precyzyjne, jednakowo zrozumiałe dla wszystkich zainteresowanych, a przede wszystkim weryfikowalne. Kwestionowane przez Odwołującego kryterium jest jasne, zrozumiałe i precyzyjne, a zarzuty odwołania nie trafione.

Odnosząc się do dwóch pierwszych zarzutów Odwołania, które zostały przez niego uwzględnione, Zamawiający wskazał, że nie posiadał wiedzy o rozwiązanych przez Strabag Sp. z o.o. umowach z Zamawiającymi. Nie wiedział w szczególności o okolicznościach, w jakich te umowy zostały rozwiązane. W ocenie Zamawiającego nie jest zasadne automatyczne wykluczenie Wykonawcy, który rozwiązał umowy z Zamawiającymi. Niezbędne jest w tym zakresie przeprowadzenie przez niego postępowania wyjaśniającego, uzyskanie wszelkich możliwych i dostępnych informacji. Zapoznania się z postanowieniami rozwiązanych umów, wysłuchanie obu stron rozwiązanych umów. W związku z uzyskaniem wiedzy (wynikającej z odwołania) o rozwiązaniu przez Strabag Sp. z o.o. umów z dwoma Zamawiającymi w okolicznościach, które na pierwszy rzut oka mogą uzasadniać zastosowanie normy z art. 24. ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, zasadnym wydaje się unieważnienie czynności wyboru oferty STRABAG Sp. z o.o., a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej również: „Przystępujący”), który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska wykonawca Strabag odniósł się do wszystkich zarzutów odwołania i podał m.in., iż Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp odnośnie umowy z nr 544/2016-2018 z 5 października 2016r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Rusocin”

- po pierwsze błędnie, bo niezgodnie z brzmieniem tego przepisu wskazuje, że „(...) samoistną przesłanką wykluczenia wykonawcy Strabag z Postępowania jest już sam przebieg tej inwestycji, który jednoznacznie wskazuje, na ziszczenie się przesłanki o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp”;
- po drugie, nawet gdyby przyjąć, że tak trzeba czytać ten przepis to ocena przebiegu tej inwestycji wyrażona w odwołaniu jest bardziej niż pobieżna i nie obiektywna. Dokonana bowiem została w oparciu o stanowisko jednej strony ww. umowy tj. Zamawiającego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, wyrażone w jednym dokumencie - tj. piśmie z dn. 27 lutego 2018r. co do którego jego autor - Zarząd Dróg wojewódzkich w Gdańsku złożył oświadczenie o cofnięciu;
- po trzecie, autor odwołania zupełnie dewaluuje zasadniczy dla oceny ziszczenia się przesłanek art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy pzp fakt, że w toku procesu wywołanego pozwem Strabag przeciwko Województwu Pomorskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich doszło do zawarcia ugody w której Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (i) cofnął oświadczenie z dn. 27 lutego 2018r. a więc oświadczenie w oparciu o które Odwołujący formułuje nieuprawniony (bo jako oparty na wybiórczym materiale-nieemożliwy) pogląd o tym, że posiada wiedzę o przebiegu realizacji całości inwestycji (ii) strony oświadczyły o rozwiązaniu umowy ww. umowy za porozumieniem stron (iii) Strony wyraźnie wskazały - w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, że rozwiązanie umowy za porozumieniem stron nie następuje z winy którejkolwiek ze stron umowy;

Umowa nr 544/2016-2018 z 5 października 2016r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz gdański i Pruszcz Gdański Rusocin” rozwiązana została za porozumieniem stron w ugodzie sądowej zawartej 07.09.2018 roku, w postępowaniu wywołanym przez pozew Strabag Sp. z o.o. przeciwko Województwu Pomorskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku. Sposób jej rozwiązania nie wyczerpuje dyspozycji art. 25 ust 4 pkt 5 ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się już co do zasady ze stanowiskiem Odwołującego, że samoistną przesłanką wykluczenia Strabag z postępowania jest już sam przebieg tej inwestycji, który wskazuje na ziszczenie się przesłanki o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp. Analiza tego przepisu powinna prowadzić bowiem do wniosku, że przesłanką zastosowania tego przepisu jest rozwiązanie umowy będące skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Innymi słowy zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy nie wykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło w konsekwencji do rozwiązania umowy lub

zasądzenia odszkodowania Tym samym, jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 11 grudnia 2017r. (sygn. akt KIO 2522/17) „(...) odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu (...)”. Element ten ma charakter wtórny czy też wynikowym, gdyż jak wyjaśniła we wskazanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza „(...) *najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno- kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. (...)* ”. ”

Zastosowanie art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp wymaga więc rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) będącego następstwem nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w stopniu który można określić jako istotny a okoliczności te Zamawiający (tu: Odwołujący musi wykazać). W analizowanym stanie faktycznym nie doszło do rozwiązania umowy z Przystępującym z powodu nie wykonania czy też nienależytego wykonania przez niego umowy w stopniu istotnym. Podstawą rozwiązania tej umowy było porozumienie stron o jej rozwiązaniu wyrażone w ugodzie zawartej 7 września 2018r. przed Sądem Okręgowym w Gdańsku w sprawie o sygn. akt IC 325/18. Zgodnie z treścią zawartej ugody: 1)Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku cofnął oświadczenie zawarte w piśmie z dn. 27 lutego 2018r. o odstąpieniu od umowy nr 544/2016-2018 z 5 października 2016r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Rusocin”; 2) Strabag Sp. z o.o. cofnął oświadczenie z 19 kwietnia 2018r. o odstąpieniu od umowy nr 544/2016-2018 z 5 października 2016r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Rusocin”; 3) Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich i Strabag Sp. z o.o., oświadczyły że z dniem zawarcia ugody rozwiązują za porozumieniem stron umowę nr 544/2016-2018 z 5 października 2016r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Rusocin”; 4) W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości Strony w ugodzie oświadczyły, że przyjmują iż rozwiązanie umowy nie następuje z winy którejkolwiek ze Stron ww. umowy (Dowód: ugoda z 7 września 2018r. przed Sądem Okręgowym w Gdańsku w sprawie o sygn. akt IC 325/18). Odwołujący zupełnie pomija fakt, że ugoda ta została zawarta w toku procesu wywołanego przez Strabag sp. z o.o. przeciwko Województwu Pomorskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku. W dniu 20.03.2018 roku Przystępujący skierował bowiem do Sądu Okręgowego w Gdańsku pozew o ustalenie nie istnienia po stronie Województwa Pomorskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prawa do odstąpienia od ww. umowy

z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Przedmiotem pozwu było ponadto ustalenie przez Sąd istnienia pomiędzy stronami stosunku prawnego nawiązanego Umową nr 544/2016/2018 z dnia 05.10.2016 roku. Fakt, że ugoda ta została zawarta w toku procesu oznacza, że podlegała badaniu Sąd Okręgowy w Gdańsku pod kątem przesłanek z art. 203 §4 kpc w zw. z art. 223§2 zgodnie z którym *„Sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia tylko wtedy, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa.”* Oznacza to, że skuteczność oświadczenia wyrażonego przez Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku w piśmie z 27 lutego 2018r. tj. oświadczenia o cofnięciu przez Województwo Pomorskie Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku odstąpienia poddana została ocenie sądu pod kątem zgodności z prawem, który zatwierdził tę ugodę i wydał postanowienie o umorzeniu postępowania. Wobec uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania w wyniku zawarcia ugody jej treść i oceniona przez Sąd zgodność z prawem nie może być teraz skutecznie kwestionowana przez Odwołującego, który nie znając okoliczności sprawy i podejmując żadnych czynności procesowych zmierzających do wzruszenia postanowienia o umorzeniu postępowania powołuje jedynie wyroki z innych spraw dotyczące braku możliwości cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Przystępujący pragnie w tym miejscu podkreślić, że błędne - jeśli nie celowe, jest wskazywanie w odwołaniu jedynie regulacji art. 917 kc w zakresie możliwości, i skutków, zawarcia ugody. O ile przepis ten tłumaczy czym jest ugoda w sensie materialnoprawnym to nie wyczerpuje on całości regulacji ustawowych dotyczących możliwości zawarcia ugody w toku procesu na podstawie art. 223 kpc w zw. z art. 203 kpc. A w przypadku umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański Rusocin” (dalej: umowy w Pruszczu Gdańskim) strony zawarły ugodę przed sądem nie zaś ugodę pozasądową. Odwołujący nie wykazał, że ugoda której skuteczność kwestionuje w Odwołaniu została wyeliminowana z obrotu prawnego. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że do rozwiązania umowy w Pruszczu Gdańskim doszło inaczej niż w sposób wskazany w tej ugodzie tj. w drodze porozumienia stron po wcześniejszym cofnięciu oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Tym samym, zdaniem Przystępującego, w odniesieniu do tej umowy nie została spełniona przesłanka zastosowania art. 24 ust 5 pkt ustawy Pzp, gdyż do rozwiązania umowy doszło w drodze porozumienia stron z wyraźnym wskazaniem, że rozwiązanie umowy nie następuje z winy którejkolwiek ze stron. Jak potwierdza zaś doktryna, i wskazane orzecznictwo, wykluczenie na tej podstawie może nastąpić jedynie, jeżeli skutek niewykonania lub nienależytego wykonania doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W pierwszym przypadku wystarczające jest stwierdzenie faktu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co będzie przybierało formę odstąpienia od umowy lub jej

wypowiedzenia przez zamawiającego. Konstrukcja omawianego przepisu powoduje, że w tym przypadku pod pojęciem „rozwiązanie” należałoby raczej rozumieć wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej, gdyż w rzeczywistości to ten rodzaj zakończenia współpracy jest najczęściej efektem nienależytej realizacji i łączy się z dodatkowymi sankcjami.

Na wypadek uznania, że przedstawiona wyżej argumentacja jest niewystarczająca do uznania, że zarzut naruszenia art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp jest bezzasadny gdyż do rozwiązania umowy doszło w za porozumieniem stron zatwierdzonym ugodą sądową, Przystępujący wskazał m.in., że Odwołujący powinien był skazać na czym polegało niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca a które doprowadziło do rozwiązania umowy, jego istotny charakter oraz niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy zastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Stwierdzenia odwołania o tym, że Strabag w sposób fundamentalny uchybiał obowiązkom związanym z analizowaną inwestycją nie mogą sprowadzać się do ogólnych haseł, których nie można by poddać weryfikacji w kategorii prawda - fałsz. Jak wynika z treści Odwołania tym nienależytym wykonaniem umowy w Pruszczu Gdańskim było niedostarczenie zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej. Fakt, ten Odwołujący stara się wykazać za pomocą załączonego do oferty oświadczenia o odstąpieniu od umowy złożonego przez zamawiającego w piśmie z dn. 27 lutego 2018r. Stwierdzenia odwołania o tym, że przystępujący z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie nie wykonał należycie umowy w Pruszczu Gdańskim nie dostarczając na czas dokumentacji projektowej nie jest prawdziwe i nie zostało w odwołaniu udowodnione. Po pierwsze, przedstawiony w tym zakresie dowód - oświadczenie Zamawiającego z 27 lutego 2018r. zostało cofnięte a skuteczność tej czynności została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Gdańsku który zatwierdził zawartą przed nim ugodę zawierającą oświadczenie o cofnięciu oświadczenia o odstąpieniu wyrażonego w piśmie z dn. 27 lutego 2018 r. Oświadczenie to nie funkcjonuje więc w obrocie prawnym i nie może stanowić dowodu na okoliczności wskazane przez Odwołującego. Po drugie, nawet kwestionując skuteczność cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy wyrażonego w ugodzie zawartej 7 września 2018r. Odwołujący - skoro jak wskazuje treści odwołania zna jej treść, niezasadnie pomija, że z treści ugody wynika, że Przystępujący od samego początku kwestionował skuteczność odstąpienia od umowy przez zamawiającego w tamtej sprawie. Choć odstąpienie od umowy - jak wskazuje sam Odwołujący, jest oświadczeniem woli o charakterze prawno- kształtującym nie oznacza to, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Potwierdza to orzecznictwo, zgodnie z którym z punktu widzenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp oparcie się wyłącznie na jednostronnych oświadczeniach zamawiających, wskazujących na przyczyny

odstąpienia od umów, bez analizy stanowiska drugiej strony umowy, analizy dowodów składanych przez wykonawcę nie może być uznane za wyczerpującą i wszechstronną ocenę powodów odstąpienia przez instytucję zamawiającą od realizacji umowy. Gdyby bowiem przyznać prymat oświadczeniom składanym przez instytucje zamawiające o przyczynach odstąpienia od umów i tylko na takiej podstawie decydować o wykluczeniu wykonawców z postępowania, to prowadziłyby to do nieuprawnionego uprzywilejowania instytucji zamawiających na rynku zamówień publicznych, a w konsekwencji częstokroć do eliminowania z rynku wykonawców, których stanowiska czy argumentacja zostaje bezzasadnie pominięta. Oświadczenie woli zamawiającego o odstąpieniu od umowy jest jedynie poglądem strony odstępującej i nie stanowią dowodu na nienależyte wykonanie Umowy. Należy więc uzupełnić stan faktyczny tamtej sprawy o informacje, których Odwołujący nie podał mimo, że z opisu dokumentów jakimi dysponuje - a co najmniej powinien dysponować w świetle powołanego orzecznictwa w celu skutecznego postanowienia zarzutu naruszenia art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp są mu one znane. Otóż od samego początku tj. od daty otrzymania oświadczenia zamawiającego o odstąpieniu od umowy w Pruszczu Gdańskim Przystępujący zakwestionował tak zasadność jak i skuteczność tego oświadczenia. Skuteczność oświadczenia o odstąpieniu jako pozbawionego podstaw faktycznych i prawnych została zakwestionowana przez STRABAG Sp. z o.o. pismem z dnia 02.03.2018r. oraz na drodze postępowania sądowego poprzez złożenie powództwa o ustalenie nieistnienia prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy i ustalenia, że nadal istnieje stosunek prawny wynikający z umowy o zamówienie publiczne. (Dowód: pismo Wykonawcy z dnia 02.03.2018r. na okoliczność kwestionowania odstąpienia od umowy przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku; dowód: kopia pozwu z dnia 20.03.2018r. z prezentatą potwierdzającą złożenie w sądzie, na okoliczność wytoczenia powództwa o ustalenie nieistnienia prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy). Wobec kwestionowania podstaw oświadczenia o odstąpieniu z 27 lutego 2018r., Przystępujący pismem z dnia 19.04.2018 roku, złożył względem Województwa Pomorskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadczenie o odstąpieniu od umowy 544/2016-2018 z uwagi na fakt, iż pomimo wezwania ze strony wykonawcy, zamawiający nie przedstawił Strabag zamiennej decyzji środowiskowej, koniecznej do realizacji inwestycji. (Dowód: kopia pisma Strabag Sp. z o.o. z dnia 19.04.2018 roku, na okoliczność; złożenia przez Strabag względem Województwa Pomorskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadczenia o odstąpieniu od Umowy). Skutkiem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy było powstanie po stronie Strabag uprawnienia do naliczenia zamawiającemu kary umownej przewidzianej na tę okoliczność a w konsekwencji przekształcenie powództwa o ustalenie w powództwo o zapłatę (Dowód: kopia pisma procesowego z 25 maja 2018r. zawierającego oświadczenie o przekształceniu powództwa). Przystępujący wyjaśnił, że w trakcie wykonywania prac projektowych wystąpiły przeszkody

niezależne i niezawinione przez przystępującego, które uniemożliwiły terminową realizację prac projektowych, objętych zawartą pomiędzy stronami umową. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku informowany był przez Przystępującego o utrudnieniach w wykonaniu przedmiotu Umowy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, zarówno w formie pisemnych Wystąpień, jak również na spotkaniach, które odbywały z udziałem Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i przedstawicieli Wykonawcy. Przyczyny powstania przeszkód w projektowaniu związane były z nieprawidłowym przygotowaniem inwestycji przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, jak również z innymi okolicznościami niezależnymi od żadnej ze stron. W zakresie przyczyn powstania opóźnienia w realizacji prac projektowych należy wymienić: zwłokę Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański w uzgodnieniu projektu budowlanego, przedłużone procedowanie Starosty Gdańskiego w sprawie decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym, przedłużone procedowanie Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej w Pruszczu Gdańskim w uzgodnieniu projektu podziału nieruchomości, przekazanie-przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego wadliwej dokumentacji geologicznej, przekazanie przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego wadliwej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach znak: nr OŚ1.6220.25.2014,26 z dnia 24.11.2014 r, wydana przez Wójta Gminy Pruszcz Gdański, Wszystkie wymienione przyczyny nie leżały po stronie Wykonawcy, a w konsekwencji nie mogły stanowić podstawy do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Okoliczności te są szczegółowo opisane w załączonym pozwie. W celu zapewnienia ekonomiki postępowania Przystępujący przywołał przedstawione tam twierdzenia i załączone dowody przedstawiając je jako twierdzenia i dowody w niniejszej sprawie. Od momentu złożenia przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadczenia o odstąpieniu od umowy Przystępujący konsekwentnie podnosił, że okoliczności faktyczne i prawne wskazane przez tego Zamawiającego a mające stanowić podstawę odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy, nie skutkowały powstaniem po jego stronie prawa do odstąpienia do Umowy zarówno na podstawie art. 635 k.c. jak również na podstawie §17 ust.2 Umowy. W rezultacie w ocenie Przystępującego Zarząd Dróg Wojewódzkich nie mając prawa do odstąpienia w istocie nie odstąpił skutecznie od przedmiotowej umowy. Warto też wskazać, że nawet w przypadku kwestionowania skuteczności oświadczenia o cofnięciu odstąpienia od umowy to zawarta ugoda zawiera również stwierdzenia mające charakter oświadczenia wiedzy o tym, że do rozwiązania umowy nie dochodzi z winy żadnej ze stron. Art. 635 kc stanowi o możliwości odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia, podczas gdy § 17 ust 2 umowy o zwłoce wykonawcy. Wobec przywołanego oświadczenia zamawiającego wyrażonego w ugodzie, potwierdza to, że doszło do materializowania się przesłanki z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp. To w takich okolicznościach faktycznych między stronami doszło do zawarcia w toku procesu przed Sądem Okręgowym w Gdańsku ugody sądowej w której strony

oświadczyły o rozwiązaniu umowy za porozumieniem stron i wyraźnie wskazały, że do rozwiązania umowy nie doszło z winy którejkolwiek ze stron. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tych okoliczności sprowadzając rozstrzygnięcie złożonego sporu związanego z rozwiązaniem wcześniej zawartej umowy do jednego pisma tj. oświadczenia Zamawiającego z 27 lutego 2018r. Spory związane z realizacją umów o roboty budowlane mają niejednokrotnie wielopłaszczyznowe uwarunkowania, które muszą być w pierwszej kolejności zidentyfikowane, a następnie ewentualnie przypisane wykonawcy. Oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy jest wyłącznie jednostronną oceną zdarzeń jakie miały miejsce w trakcie realizacji wykonawca - zamawiający. Stanowi subiektywną ocenę sytuacji i działań wykonawcy przez zamawiającego i nie mogą być, w świetle zasad logiki i wskazanego wyżej orzecznictwa KIO uznane za jedyne właściwe źródło informacji o przyczynach odstąpienia od realizacji umów. Analiza pism złożonych przez Przystępującego podważa możliwość oparcia się tylko i wyłącznie na oświadczeniach samego zamawiającego, tak jak czyni to Odwołujący. Przystępujący podał, że Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO 1033/18 wskutek bowiem wniesienia 23 maja 2018r. odwołania przez konsorcjanta firmy Unibep S.A. - MOST Sp. z o.o., poddała ocenie pod kątem przesłanek art. 25 ust 4 pkt 5 ustawy Pzp oraz 24 ust 16 i 17 ustawy Pzn sposób wykonania umowy z dnia 05.10.2016 nr 544/2016/2018 zawartej pomiędzy Strabag sp. z o.o. a Województwem Pomorskim - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, gdzie odwołujący w celu wykazania zasadności swoich stwierdzeń ograniczył się do tego samego dokumentu jakim dziś posługuje się Odwołujący - tj. pisma zamawiającego o odstąpieniu od umowy z 27 lutego 2018 i oddaliła odwołanie.

Przystępujący zauważył, że w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący nie wskazuje umowy z 20.02.2017r. nr NI.2720.125.2015 zawartej pomiędzy Województwem Dolnośląskim - Dolnośląską Służbą Dróg i Kolei we Wrocławiu a konsorcjum firm: Strabag sp. z o.o. a Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., której przedmiotem była realizacja zadania pn. „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj” pomimo, że umowa ta - tak jak umowa ZDW w Gdańsku rozwiązana została za porozumieniem stron. W dniu 20 lutego 2017r. Strabag Sp. z o.o. zawarł umowę z Województwem Dolnośląskim - Dolnośląską Służbą Dróg i Kolei we Wrocławiu na wykonanie zadania pn. „ Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 445 do drogi krajowej nr 98 w formule „zaprojektuj i zbuduj” (umowa znak NI.2720.125.2015), a w dniu 7 sierpnia 2019r. Strony zawarły aneks do tej umowy na podstawie art. 144 ustawy Pzp w zw. z XV punkt 3.4.d Tomu SIWZ oraz §7 ust 2 umowy z 20 lutego 2017r. (umowa znak NI.2720.125,20151 ograniczając jej zakres do prac wykonanych

na dzień 31 lipca 2019r. (Dowód: aneks z 7 sierpnia 2019r. do umowy z 20 lutego 2017r. (znak NI.2720.125.2015)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Strabag z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, Przystępujący wskazał m.in., że jego zdaniem jego sposób działania znajduje uzasadnienie w przedstawionej wyżej argumentacji. Oceny zasadności tak postawionego zarzutu należy dokonać z uwzględnieniem charakteru dokumentu jakim jest JEDZ, który jest składany na potwierdzenie przesłanek i warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający określa w ogłoszeniu i SIWZ. Treść oświadczenia wyrażonego w JEDZ determinowana jest treścią określonych w ogłoszeniu i SIWZ warunków i przesłanek udziału w postępowaniu. Celem złożenia takiego oświadczenia, które zgodnie z art. 25 a) ust 2 ustawy Pzp tylko w przetargach o wartości powyżej progów unijnych przybiera formę JEDZ-a jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący przedstawił analizę m.in. Rozporządzenia w sprawie JEDZ i wskazał Załącznik nr 1 zawierający Instrukcję dotyczącą jego stosowania. We wstępie do instrukcji dotyczącej stosowania JEDZ zapisane zostało, że: „Jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Przystępujący zauważył również, że Urząd Zamówień Publicznych wydał wytyczne w postaci Instrukcji Wypełniania Jednolitego Dokumentu Zamówienia JEDZ dostępne na stronie https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0015/32415/Instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf. oraz, że Zamawiający w SIWZ wskazał zakres informacji jakie podać ma wykonawca w oświadczeniu składanym w formularzu JEDZ. Wątpliwości istniejące w tym zakresie nie mogą być na tym etapie postępowania rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy. W rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający wskazał z wyprzedzeniem informacje, które wykonawcy muszą przedstawiać w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. W pkt VII. 1 SIWZ Zamawiający zapisał, że „Do oferty wykonawca dołączy aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej JEDZ, stanowiącego załącznik B w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” Skoro JEDZ miał być oświadczeniem złożonym w zakresie wskazanym w SIWZ, a SIWZ odnośnie rozwiązanych umów przewidywało tylko i wyłącznie przesłankę z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy

Pzp to zdaniem Przystępującego Zamawiający wskazał, że żąda informacji o rozwiązanych umowach o których mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp. Żadnego bowiem inaczej rozumianego zakresu tych informacji Zamawiający nie wskazał. Zdaniem Przystępującego, celowe jest porównanie brzmienia ww. pytania w Rozporządzeniu w wersji polskojęzycznej i angielskojęzycznej i na tę okoliczność złożył opinię tłumacza przysięgłego J. C., a także zwrócenie uwagi na to, że rozwiązanie umowy nie jest konstrukcją prawną przewidzianą w którymkolwiek z przepisów prawa zobowiązań. Nie jest to pojęcie jednoznaczne. Konieczna jest więc jego wykładania. W ocenie Przystępującego nie wprowadził on Zamawiającego w błąd. W związku z tym zarzut Odwołującego w tym zakresie jest bezzasadny, nadto zdaniem Przystępującego nie można mu przypisać żadnej z postaci winy.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp Przystępujący wskazał m.in., że z załączonego do odwołania pisma GDDKiA o/Białystok wynika, że: p. D. K. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 16 sierpnia 2011r. do 22 sierpnia 2011r. oraz od 24 maja 2012r. do 25 maja 2012r.; p. D. K. 10 marca 2011r. został zaakceptowany na stanowisku zastępcy kierownika budowy a w piśmie akceptującym zastrzeżono, że w czasie pełnienia obowiązków w zastępstwie p. A. C. (kierownika budowy) winien złożyć oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika budowy; 5 kwietnia 2011 r. zgłoszono p. D. K. na stanowisko kierownika robót drogowych na odcinku od km 614+850 do km 620+377. Nie jest zatem prawdą stwierdzenie odwołania o tym, że p. D. K. pełniąc funkcję kierownika budowy zastępował kierownika budowy faktycznie sprawującego swoją funkcję. Z przedstawionego dokumentu wyraźnie wynika, że w czasie kiedy p. K. pełnił funkcję kierownika budowy nie robił tego zastępując kierownika budowy, lecz jako samodzielny kierownik budowy. Z pisma GDDKiA jasno wynika, kiedy p. D. K. pełnił funkcję kierownika budowy (od 16 sierpnia 2011r. do 22 sierpnia 2011r. oraz od 24 maja 2012r. do 25 maja 2012r.) a kiedy zajmował stanowisko zastępcy kierownika budowy (od 10 marca 2011r.). Nie bez powodu rozróżnia Zamawiający tu funkcję od stanowiska - pierwsze jest bowiem samodzielną funkcją techniczną w rozumieniu prawa budowlanego, o czym niżej, drugie stanowiskiem umownym. W ogóle nie jest prawdą, tym bardziej w kontekście czasu pełnienia funkcji kierownika budowy stwierdzenie o tym, że analizowana inwestycja trwała przez czas wskazany w odwołaniu kilka lat (umowa zawarta 12 sierpnia 2009r. protokół odbioru końcowego robót podpisano natomiast 19 lutego 2015r.) Analizowana inwestycja realizowana była w formule projektuj i buduj podczas gdy funkcję kierownika budowy, zgodnie z prawem budowlanym, można pełnić tylko na etapie realizacji robót budowlanych. Roboty objęte zadaniem rozpoczęły się 17 października 2010r. a zostały ukończone 18 sierpnia 2012r. Data rozpoczęcia robót nie mogła być zresztą wcześniejsza niż wskazana w załączonym do odwołania piśmie GDDKiA o/Białystok data wydania pozwolenia na budowę tj. 7 października 2010r. Analizowana inwestycja trwała więc znacząco krócej niż

wskazuje to Odwołujący dodatkowo deprymując fakt, że p. D. K. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na tym kontrakcie. (Dowód: świadectwo przejęcia oraz świadectwo wykonania dla zadania pn. „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej Nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Białystok - Jeżewo od km. 614+850 do km 639+365”). Zgodnie z informacją od GDDKiA o/Białystok p. D. K. posiada również na tym kontrakcie doświadczenie w zakresie objętego kryterium oceny ofert pełnienia funkcji kierownika robót drogowych od 7 kwietnia 2011r. Sposób interpretacji kryterium oceny ofert dokonany przez Odwołującego nie wynika z jego treści i prowadzi do bardzo dowolnej jego oceny czego dowodem dywagacje odwołania. Nie jest sporne w sprawie, że treść kryterium nie wskazuje na obowiązek pozostawania na stanowisku Kierownika budowy przez określony czas. Skoro nie został wskazany w treści kryterium obowiązek pozostawania na stanowisku kierownika budowy przez określony czas, to nie można postawić teraz zarzutu, że osoba wskazana przez Strabag nie pozostawała na tym stanowisku przez określony czas - a do tego sprowadza się zarzut odwołującego. Jaki bowiem czas należałoby uznać za wystarczający skoro Odwołujący rozważa czy ma to być od początku zadania do końca czy przez okres jednego roku. Funkcja kierownika budowy to pojęcie z zakresu ustawy z 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z późn. zm) i oznacza ona samodzielną funkcję techniczną w budownictwie jaką pełnić mogą osoby o określonych uprawnieniach. Kierownik budowy jest uczestnikiem procesu budowlanego, a z tytułu zajmowanego stanowiska ponosi określoną odpowiedzialność zawodową. Nie jest to zależne od tego jak długo pełni tę funkcję - w każdym czasie pełnienia funkcji kierownika budowy osoba taka jest uczestnikiem procesu budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego i ponosi z tego tytułu odpowiedzialność zawodową. Jest to ważne też w uwagi na to, że Odwołujący błędnie mówi o tym, że p. D. K. zastępował w czasie kiedy pełnił funkcję kierownika budowy innego kierownika budowy, który w tym czasie faktycznie pełnił swoją funkcję. W świetle przepisów prawa budowlanego, i załączonego pisma GDDKiA, nie jest ani prawdziwe ani możliwe. Odwołujący pomija fakt że wg. informacji z GDDKiA p. D. K. posiada także na tym samym kontrakcie ponad roczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych które również objęte było omawianym kryterium oceny ofert co zupełnie czyni ten zarzut niewiarygodnym i nietrafionym. (Dowód: pismo GDDKiA z 17 lutego 2020 r.; oświadczenie Inżyniera Rezydenta). Nie przyznanie punktów za tę inwestycję osobie która pełniła tam zarówno funkcję kierownika budowy jak i kierownika robót drogowych nie jest zrozumiałe. Stwierdzenia odwołania o tym, że Zamawiający - tak jak Strabag - zdecydowali się potraktować kryterium w oderwaniu od jego istoty są spóźnione bo powinny być podniesione na etapie kwestionowania ogłoszenia i SIWZ. To wówczas bowiem Odwołujący powinien domagać się aby w treści kryterium oceny ofert określone zostało przez jaki czas osoba na stanowisku kierownika budowy czy kierownika robót powinna pełnić tę funkcję.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na płycie CD oraz dowody załączone do pism składanych przez Odwołującego i Przystępującego i złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej również: „Przystępujący”) zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin - Wysokie - Biłgoraj - Sieniawa - Przeworsk - Kańczuga - Dynów - Grabownica Starzeńska od km 90+490 do km 115+875 na odcinku Biłgoraj - gr. województwa.

Zgodnie z Rozdziałem VI ust. 1 pkt 2 i 4 SIWZ Zamawiający weryfikował fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem XV ust. 3 SIWZ Zamawiający przyznawał punkty w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie kierownika budowy” w oparciu o doświadczenie opisane w sposób: „Punktowne będzie doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej

na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 65 000 000,00 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego. Przepisanie kierownikowi budowy jednej inwestycji spełniającej powyższy wymóg lub nieprzypisanie żadnej oznaczało nieprzyznanie punktów, z tytułu dwóch inwestycji przyznawano cztery punkty, za trzy inwestycje sześć punktów, a za cztery inwestycje dziesięć punktów.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zasadne okazały się bowiem zarzuty dotyczące przedstawienia przez Przystępującego w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia (dalej: „JEDZ”) nieprawdziwej informacji, skutkującej zaistnieniem obligatoryjnych przesłanek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarte w pkt I 1 odwołania, tj. zostało wykazane, że wykonawca Strabag w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia: *„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?”*, podczas gdy informacja ta jest nieprawdziwa wobec rozwiązania umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo” (dalej również: „rozbudowa drogi 226”), gdzie zamawiającym było Województwo Pomorskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku(dalej: „ZDWG” lub „Inwestor”) a wykonawcą Przystępujący.

W odwołaniu Odwołujący w tym zakresie wskazywał także na umowę: „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”, jednakże umowy tej nie łączył z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 5 pkt ustawy Pzp i nie przedstawił okoliczności wskazujących, że jej rozwiązanie wypełnia przesłanki określone w tym przepisie. W związku z tym, iż nie jest sporne pomiędzy stronami, że odpowiedź na ww. pytanie JEDZ pozostaje w związku z fakultatywną przesłanką wykluczenia z postępowania, określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, umowa ta zatem nie jest brana pod uwagę przez Izbę, przy analizie także obligatoryjnych podstaw wykluczenia z postępowania

Przystępującego związanych z podaniem w JEDZ nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Strabag.

Chronologia podstawowych zdarzeń związanych z rozwiązaniem umowy rozbudowy drogi nr 226 przedstawiona w postępowaniu przed Izłą przez Przystępującego i Odwołującego i wynikająca ze złożonych dowodów, przedstawia się następująco:

- 1) umowa została zawarta w dniu 5 października 2016 r. ,
- 2) w dniu 27 lutego 2018 r. Inwestor złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Strabag, wskazując, że odstąpienie następuje na podstawie art. 635 k.c., zgodnie z którym zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub ukończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne aby zdołał je wykonać w czasie umówionym, oraz wskazując na brak przedłożenia kompletnej dokumentacji projektowej dla przedmiotowego zadania we wskazanym przez zamawiającego terminie;
- 3) w dniu 2 marca 2018 r. wykonawca Strabag złożył pismo do Inwestora kwestionujące zasadność ww. odstąpienia od umowy;
- 4) w dniu 20 marca 2018 r. wykonawca Strabag złożył do Sądu Okręgowego w Gdańsku pozew o ustalenie nieistnienia po stronie Inwestora prawa do odstąpienia od ww. umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;
- 5) w dniu 19 kwietnia 2018 r. wykonawca Strabag złożył oświadczenie o odstąpieniu od ww. umowy, a następnie przekształcił powództwo wnosząc o zapłatę;
- 6) w dniu 7 września 2018 r. w sprawie sygn. akt I C 325/18 została zawarta ugoda sądowa, w wyniku której zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania, a z której treści wynika, że w procesie obie strony występowały w roli powoda i pozwanego, co wskazuje na złożenie przez Inwestora powództwa wzajemnego.

Powyższe wskazuje na rozwiązanie umowy w wyniku nieprawidłowości przy jej realizacji. Spór stron zakończył się zawarciem przez nie ugody, a zatem Sąd Okręgowy nie rozpoznawał sprawy merytorycznie i nie orzekł m.in. co do istnienia lub braku istnienia podstaw do odstąpienia od ww. umowy przez Inwestora. Ugoda zawiera m.in. postanowienia, z których wynika, że:

- 1) Strony cofają swoje oświadczenia o odstąpieniu od umowy i oświadczają, że rozwiązują ją za porozumieniem stron, a „dla uniknięcia wątpliwości” przyjmują, że rozwiązanie nie następuje z winy którejkolwiek ze stron,
- 2) Inwestor zatrzyma dokumentację projektową, którą otrzymał od Wykonawcy Strabag i nie zgłasza zastrzeżeń co do jej jakości i kompletności oraz zrzeka się roszczeń z tytułu

gwarancji jakości co do tej dokumentacji, a także, że następuje wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi co do tej dokumentacji;

- 3) Tytułem rozliczenia Wykonawca Strabag zapłaci Inwestorowi kwotę 2 398 447,30 zł, a Inwestor zwróci wykonawcy gwarancję bankową złożoną jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które to wyczerpują wzajemne roszczenia stron.

Treść tych postanowień wskazuje, że strony ostatecznie doszły do porozumienia, jednak nie przeczy istnieniu nieprawidłowości przy jej realizacji i nie przeczy temu, że w ich wyniku doszło do rozwiązania umowy. To, że strony zapisały w ugodzie, że rozwiązanie umowy zamiast wcześniejszego odstąpienia od niej, następuje na zasadzie porozumienia stron, nie sprawia, że fakt, jakim jest rozwiązanie umowy wobec nieprawidłowości przy jej realizacji, nie miał miejsca. W związku z tym zawarcie powyższej ugody, w okolicznościach analizowanego postępowania, nie przesądza, że wykonawca Strabag za jej sprawą został zwolniony z obowiązku notyfikacji faktu rozwiązania umowy Zamawiającemu w analizowanym postępowaniu. Wynika to m.in. z następujących względów: Po pierwsze, spór pomiędzy stronami wprawdzie został zakończony jednak w drodze porozumienia stron, a nie merytorycznego rozstrzygnięcia sądu, zapadłego po przeprowadzeniu postępowania dowodowego. Po drugie, strony w ugodzie umówiły się wprawdzie, że rozwiązują umowę na zasadzie porozumienia stwierdzając, że żadna z nich nie ponosi winy za rozwiązanie umowy, jednakże przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o przyczynach leżących po stronie wykonawcy, a więc szerzej ujmuje odpowiedzialność wykonawcy, nie ograniczając jej wyłącznie do jego winy w rozwiązaniu umowy. Po trzecie, z ugody wynika obowiązek zapłaty na rzecz Inwestora przez Wykonawcę Strabag kwoty 2 398 447,30 zł, co w powiązaniu ze stwierdzeniem w ugodzie dotyczącym zatrzymania przez Inwestora dokumentacji, które w zwykłych warunkach oznacza obowiązek zapłaty za wykonanie tej dokumentacji, musi rodzić pytania o to, dlaczego to Wykonawca dokonuje zapłaty na rzecz Inwestora, a nie odwrotnie. Ugoda nie zawiera postanowienia dotyczącego skwitowania Inwestora w tym zakresie, a jedynie oświadczenie o wyczerpaniu wzajemnych roszczeń stron w związku z zapłatą ww. kwoty przez Wykonawcę Strabag i zwrotem gwarancji bankowej przez Inwestora. Odpierając sugestie Odwołującego (na poparcie tego stanowiska nie zostały przedstawione dowody), że ww. kwota stanowi kary umowne, pełnomocnik Przystępującego na rozprawie oświadczył, iż kwota ta nie stanowi kary umownej, ponieważ ta zgodnie z umową wynosiłaby ponad 3 mln zł, a zatem przekraczałaby zapłaconą kwotę, oraz, że nie wie czego dotyczyła ta kwota, przedstawiając w tym zakresie swoje przypuszczenia. Zakładając oczekiwany od wykonawcy profesjonalizm i stosując w związku z tym podwyższony miernik staranności zgodnie z art. 355 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, należałoby natomiast oczekiwać od Przystępującego nie budzącego wątpliwości wyjaśnienia powodów zapłaty ww. kwoty. Brak

takiego wyjaśnienia może bowiem oznaczać, że nie można wykluczyć, że kwota ta stanowi rodzaj odszkodowania za niewykonanie umowy.

Zauważenia wymaga, iż każda z przesłanek wykluczenia, wskazanych w pkt I.1 odwołania tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy czym, w przypadku wypełnienia się tych przesłanek, zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania, na co wskazuje zwrot „wyklucza się”.

W sprawie nie jest sporne, że w JEDZ Przystępujący na pytanie zawarte w części III sekcja C w brzmieniu: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”* odpowiedział przecząco. W konsekwencji wykonawca Strabag nie podał szczegółowych informacji w tym zakresie i nie skorzystał z możliwości wykazania, że pomimo zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy rozbudowy drogi 226, jest rzetelnym wykonawcą i zasługuje na powierzenie mu przedmiotowego zamówienia.

Jak wynika ze stanowiska Przystępującego zaprezentowanego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie wypełnił tych rubryk, ponieważ uznał, że nie znajdował się w sytuacji wyżej wskazanej, ponieważ w ww. ugodzie zostało zapisane, że rozwiązanie umowy nastąpiło na zasadzie porozumienia stron bez winy którejkolwiek ze stron. Przystępujący podjął taką decyzję będąc świadomym treści wytycznych, o których sam wspomina w swoim piśmie zawierającym sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, zgodnie z którymi do pytania: *„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?”* Urząd wskazał, że *„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (...) Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia”*.

W ślad m.in. za stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19, które skład orzekający Izby podziela, oraz

orzeczeniami przytoczonymi powyżej w odwołaniu tj. wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 9218/17 i wyrokiem Izby z dnia 30 stycznia 2019 r. sygn. akt 80/19, a także wyrokiem Izby z dnia 24 lutego 2020 r. sygn. akt 250/20, przywołanym w piśmie Odwołującego z dnia 18 czerwca 2020 r., wskazania wymaga, iż ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest podnoszony dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która brzmi następująco - „*Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:*”.

W sprawie zostało wykazane, że doszło do rozwiązania przed czasem umowy rozbudowy drogi 226. Nadto materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazuje, że doszło również w związku z tym rozwiązaniem do zapłaty przez Przystępującego na rzecz Inwestora kwoty 2 398 447,30 zł. W tych okolicznościach odpowiedź negatywna na ww. pytanie JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przy czym bez wątplenia Przystępującemu można przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym zaistniała przesłanka wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym *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.*

Okoliczności analizowanej sprawy wskazują również na wypełnienie się przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który stanowi, iż *z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.* Przepis ten dotyczy m.in. sytuacji, w której wykonawca przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, oświadcza nieprawdę, czyli, jak w analizowanej sprawie, udziela informacji wbrew faktom, przy czym czyni to na skutek co najmniej rażącego niedbalstwa.

Wykonawca Strabag, jako strona umowy miał świadomość istnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy, jak również faktu rozwiązania umowy, oraz faktu zapłaty ww. kwoty w wyniku zakończenia sporu z Inwestorem na skutek zawarcia ugody sądowej. Miał wiedzę co wiązało się z odstąpieniem od tej umowy przez Inwestora, odstąpieniem od umowy przez tego wykonawcę oraz wytoczeniem przez niego powództwa oraz wytoczeniem przez Inwestora powództwa wzajemnego, na co wskazuje treść zawartej przez strony ugody sądowej, złożonej przez Odwołującego i Przystępującego. W związku z tym, po zapoznaniu się z treścią SIWZ,

gdzie Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Przystępujący winien powiadomić o tych faktach Zamawiającego i skorzystać z możliwości przedstawienia wszystkich okoliczności sprawy, które w jego ocenie wskazują, iż mimo faktu przedwczesnego rozwiązania umowy i zapłaty na rzecz Inwestora ww. kwoty, nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Pozwoliłoby to Zamawiającemu na ocenę rzetelności Wykonawcy, w szczególności na ocenę czy istnieją, bądź nie istnieją, przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na ww. podstawie, które to badanie, w okolicznościach analizowanej sprawy, było konieczne i uzasadnione. Inicjatywa w tym zakresie leżała po stronie Przystępującego. W myśl m.in. zasady przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, powinien być transparentny i przedstawić Zamawiającemu rzetelną informację odpowiadając twierdząco na ww. pytanie JEDZ i udzielając pełnych wyjaśnień. Podnoszenie tych argumentów dopiero na etapie postępowania przed Izbą należy uznać za nieprawidłowe. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp *wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz pkt 16-20 lub ust. 5 może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (...)*. Natomiast w myśl art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, *wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8*.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Przystępującego z którego wynika, że SIWZ w zakresie wprowadzenia przesłanki fakultatywnej jest niejasna, ponieważ nie zawiera jakiś dodatkowych informacji, jakich zamawiający miałby oczekiwać, bez sprecyzowania jakie miałyby to być dodatkowe informacje. Nie jest bowiem sporne, że SIWZ zawiera ww. fakultatywną podstawę wykluczenia z postępowania. Nie zostało wykazane, aby wykonawcy mieli wątpliwości jak należy rozumieć SIWZ w tym zakresie i zwracali się z pytaniami do Zamawiającego, jak również aby kwestionowali sposób, w jaki Zamawiający powiadomił, iż przewidują tę przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby również podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż w wyroku z dnia 12 czerwca 2018r. wydanym w sprawie KIO 1033/18, gdzie była badana kwestia odstąpienia od ww. umowy rozbudowy drogi 226 przez Inwestora, Izba orzekła o oddaleniu odwołania, nie zmienia ww. oceny, iż wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwą informację, czego skutkiem było wprowadzenie go w błąd. Przede wszystkim, w tamtym postępowaniu, sprawa była na etapie zawisłego przed Sądem Okręgowym sporu, a zatem istniały podstawy, aby sądzić, że zostanie on rozstrzygnięty merytorycznie przez Sąd po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w zakresie podstaw odstąpienia od ww. umowy przez Inwestora, nadto tamto postępowanie było podprogowe, a zatem wykonawca nie składał JEDZ.

Tymczasem obecnie jest wiadomym, że spór został zakończony zawarciem przed Sądem ugody, tj. bez merytorycznego jego rozpatrzenia. Ugoda ta potwierdza fakt przedwczesnego rozwiązania umowy oraz nakłada na wykonawcę Strabag obowiązek zapłaty ww. kwoty, która, jakkolwiek nie jest wykazane, dlaczego zostaje zapłacona przez Przystępującego, to jednak pozostaje w związku z wcześniejszym rozwiązaniem umowy. Nawet zatem jeśli przyjąć (nie wdając się w ocenę skuteczności oświadczenia o cofnięciu oświadczenia o odstąpieniu od umowy), że strony zdecydowały o rozwiązaniu umowy za porozumieniem stron, rezygnując z merytorycznego rozpatrzenia sporu przez Sąd, to takie rozwiązanie, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie niweczy istnienia nieprawidłowości przy jej realizacji. W związku z tym Przystępujący powinien wiedzieć, iż ciąży na nim obowiązek rzetelnego przedstawienia informacji Zamawiającemu, skoro SIWZ przewiduje fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Zatajając fakt przedwczesnego rozwiązania umowy z Inwestorem, Przystępujący dopuścił się zatem co najmniej rażącego niedbalstwa. Brak poinformowania Zamawiającego o rozwiązaniu umowy dotyczącej rozbudowy drogi 226, oraz o fakcie zapłaty na rzecz Inwestora kwoty 2 398 447,30 zł i związany z tym brak wyjaśnienia Zamawiającemu wszystkich okoliczności związanych z nieprawidłowościami istniejącymi przy realizacji tej umowy, nie pozwolił na przeprowadzenie przez Zamawiającego oceny rzetelności tego wykonawcy w kontekście fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak sam wskazał Przystępujący w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r., zawierającym jego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający nie może się opierać wyłącznie na fakcie rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą, ale musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego wykonawca konkretnie nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy wykonawca nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne, jak również, że nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (str. 5 akapit pierwszy pisma). Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że aby móc wykazać powyższe okoliczności Zamawiający powinien zostać poinformowany przez wykonawcę o faktach mających znaczenie dla oceny w zakresie wypełnienia się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, oraz o wszystkich okolicznościach im towarzyszących, aby móc dokonać oceny pod kątem wypełnienia się przesłanek zastosowania tego przepisu. Temu służy wstępne oświadczenie składane w JEDZ. Powyższe oznacza, że w sytuacji gdy wystąpiły nieprawidłowości przy realizacji

wcześniejszej umowy, w wyniku których doszło do rozwiązania umowy lub zapłaty określonej kwoty odszkodowania lub innej podobnej sankcji wykonawca, mając na uwadze podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji, Przystępujący powinien notyfikować takie fakty Zamawiającemu oraz w dobrze pojętym własnym interesie podać wszystkie okoliczności pozwalające Zamawiającemu na ocenę rzetelności wykonawcy.

W analizowanej sprawie Przystępujący natomiast zataił informacje o faktach, czym wprowadził Zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu i nie jest potrzebne badanie wypełnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z tym Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy bez przeprowadzenia badania wypełnienia się co do tego wykonawcy tych przesłanek. Tym samym doszło również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem inni wykonawcy, którzy notyfikowali tego rodzaju fakty i wyjaśnili okoliczności, narażali się na ocenę ich rzetelności przez Zamawiającego, natomiast Przystępujący bezzasadnie, tego uniknął.

Powyższe wskazuje, na wypełnienie się przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Nastąpiło bowiem przedstawienie przez wykonawcę Strabag informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, który polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, przy czym przedstawienie informacji było wynikiem co najmniej rażącego niedbalstwa. Skutkiem podania nieprawdziwych informacji był wybór oferty tego wykonawcy dokonany z pominięciem koniecznego badania jego rzetelności.

Stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu

Z uwagi na zatajenie informacji, Zamawiający nie badał wypełnienia się wobec Przystępującego fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania. W związku z tym nie można uznać, że w sposób nieuprawniony nie przeprowadził badania Wykonawcy pod względem wypełnienia się tych przesłanek wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji, że zaniechał wykluczenia go z postępowania. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że Zamawiający powinien samodzielnie podjąć działania w celu pozyskania informacji ze wskazanych w odwołaniu stron internetowych, pomimo, iż jak wyżej zauważono,

został wprowadzony w błąd przez Przystępującego, co do braku nieprawidłowości przy realizacji umowy rozbudowy drogi 226.

W ocenie Izby, jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym zostało wykazane, że Przystępujący zataił fakt rozwiązania umowy rozbudowy drogi 226 w okolicznościach wskazujących na istnienie podstaw do badania jego rzetelności, to jednak nie zostało wykazane przez Odwołującego w sposób niebudzący wątpliwości, że zostały wypełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W szczególności nie został wykazany powód zapłaty przez Przystępującego na rzecz Inwestora ww. kwoty 2 398 447,30 zł w związku z przedwczesnym zakończeniem umowy (w postępowaniu przed Zamawiającym okoliczność ta mogłaby podlegać szczegółowym wyjaśnieniom), oraz, czy rzeczywiście dopiero w dniu 9 stycznia 2018 r. (umowa została zawarta w dniu 5 października 2016 r.) Przystępujący wystąpił do Inwestora z powiadomieniem o występowaniu odmiennych od przyjętych w SIWZ warunków geologicznych, czy może jednak, była np. wcześniejsza korespondencja w tym zakresie. Tym bardziej, że z pisma tego wynika, że te odmienne warunki skutkują jego zdaniem niemożnością realizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych, że ich konsekwencją, jest wzrost wynagrodzenia o prognozowaną kwotę 17 844 706 zł netto oraz wydłużenie terminu realizacji umowy o dodatkowe 12 miesięcy. Ponadto, jak wynika ze złożonej przez Odwołującego za pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. opinii Inżyniera kontraktu, wyjaśnienia wymaga także powód braku zawiadomienia zarówno jego jak i zamawiającego o wykonywanych badaniach geotechnicznych, co uniemożliwiło ich uczestnictwo w tych badaniach, w wyniku których została sporządzona na zlecenie Przystępującego opinia, na którą się powołuje w swoim wystąpieniu do Inwestora. Ponadto wyjaśnienia wymaga podnoszona przez Przystępującego na rozprawie kwestia związana z wadliwą decyzją środowiskową.

Powyższe ma znaczenie z uwagi na to, iż dla zastosowania, jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, art. 25 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich przesłanek w nim wymienionych, tj. niewykonanie albo nienależyte wykonanie w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wprawdzie przepis ten nie zawęża odpowiedzialności wykonawcy do jego winy, lecz przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za rozwiązanie umowy, jeżeli nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie, jednakże, jeśli okazałoby się np., że przyczyny niewykonania umowy były tego rodzaju, że Przystępujący, przy zachowaniu wymaganej od niego staranności, nie

mógł ich przewidzieć, a po powzięciu o nich informacji, niezwłocznie zgłosił je Inwestorowi, mogłoby to mieć wpływ na ocenę rzetelności wykonawcy Strabag i w efekcie na ocenę Zamawiającego w zakresie wypełnienia lub braku wypełnienia przesłanek wykluczania go z postępowania na ww. fakultatywnej podstawie. Decyzja w tym zakresie mogłaby zostać poddana kontroli Izby i sądu.

Z tych względów zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt ustawy Pzp należy uznać za niewykazany przez Odwołującego. W związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Wobec uwzględnienia odwołania w zakresie pierwszego zarzutu i stwierdzenia wypełnienia się obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, zarzut ewentualny, postawiony w pkt I. 2 odwołania, dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, podlega oddaleniu.

Za nieuzasadniony, w ocenie Izby, należy uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Odwołujący naruszenia tego przepisu upatruje w tym, iż Zamawiający przyznał wykonawcy STRABAG punkty w ramach kryterium pozacenowego „Doświadczenie kierownika budowy” z tytułu doświadczenia nabytego przez p. DK w ramach inwestycji pn. „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Jeżewo - Białystok od km 614+850 do km 639+365”, gdy tymczasem ww. nie nabył w ramach tej inwestycji doświadczenia zgodnego z postanowieniami Rozdziału XV ust. 3 SIWZ, bowiem trwało ono zbyt krótko. W odwołaniu Odwołujący nie wskazał, jaki okres byłby według niego właściwy, zaś na rozprawie stwierdził, że według niego dla uzyskania punktów w tym kryterium oceny ofert, ww. osoba winna się legitymować doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przez cały czas realizacji umowy.

W swojej ofercie wykonawca Strabag wskazał do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana D. K. . W treści formularza ofertowego przedstawione zostały cztery inwestycje, w tym inwestycja: „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej Nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Jeżewo - Białystok od km 614+850 do km 639+365” („Zadanie Jeżewo - Białystok”). Inwestycja ta realizowana była na rzecz białostockiego oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, jej wartość została określona jako 553 299 486,02 zł netto. Jak zauważył Przystępujący z załączonego do odwołania pisma GDDKiA o/Białystok wynika, że: p. D. K. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 16 sierpnia 2011r. do 22 sierpnia 2011r. oraz od 24 maja 2012r. do 25 maja 2012r.; zaś 10 marca 2011r. został zaakceptowany na stanowisku zastępcy kierownika budowy, a w piśmie akceptującym

zastrzeżono, że w czasie pełnienia obowiązków w zastępstwie p. A. C. (kierownika budowy) winien złożyć oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika budowy, natomiast 5 kwietnia 2011 r. zgłoszono p. D. K. na stanowisko kierownika robót drogowych na odcinku od km 614+850 do km 620+377.

Zgodnie z SIWZ punktowaniu podlegało doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej na inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane drogi publicznej i wartości robót co najmniej 65 000 000,00 zł (netto), przy czym inwestycja winna być odebrana ostatecznie przez jej zamawiającego. Nie jest kwestionowany przez Odwołującego fakt odebrania inwestycji przez zamawiającego, jak też jej wartość, a jedynie czas pełnienia funkcji. Tymczasem treść SIWZ nie wymaga, aby dla uzyskania punktów wskazana osoba pełniła funkcję cały czas realizacji inwestycji, bądź jakiś inny ściśle określony czas. W związku z tym czynienie zarzutu dokonania oceny oferty Przystępującego w tym kryterium w sposób uwzględniający postanowienia SIWZ, nie może stanowić zarzutu naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp. Jak bowiem słusznie zauważył Zamawiający, w toku oceny ofert, jest on związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w SIWZ. Oceniając oferty nie może zatem ani uszczegółowić zasad oceny poprzez badanie w sposób, który nie został jednoznacznie wyartykułowany, ani też odstępować od zasad, które zostały opisane w SIWZ.

W związku z tym, twierdzenie Odwołującego, o wymaganym czasie pełnienia funkcji przez wskazaną osobę, należy uznać za sprzeczne z literalnym brzmieniem SIWZ. Jakkolwiek może zastanawiać celowość punktowania niewielkiego doświadczenia wskazanej przez wykonawcę osoby, to jednak należy zgodzić się Zamawiającym, że zastrzeżenia w tym zakresie powinny być zgłaszane w odpowiednim czasie i w odpowiedniej formie przed upływem terminu składania ofert, a ww. pism GDDKiA o/Białystok nie potwierdza stanowiska Odwołującego, że p. D. K. nie nabył wymaganego w SIWZ doświadczenia.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego w sposób świadomy sformułował postanowienia SIWZ w ww. sposób bowiem dla niego wystarczającą była informacja dotycząca pełnienia przez tę osobę funkcji kierownika budowy bez względu na to, przez jaki czas to następowało. Gdyby bowiem wprowadził dodatkowe kryteria służące do oceny tego doświadczenia wiązałyby się to z długim czasem i trudnościami związanymi z weryfikacją doświadczenia. We wcześniejszym okresie stosował takie dodatkowe kryteria dotyczące wymaganego doświadczenia, jednakże nastęrczały wielu problemów z uwagi na rozbieżne informacje od inwestorów, co czyniło je nieweryfikowalnymi.

Odwołujący podniósł także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, nie wskazując w powiązaniu z jakim przepisem ustawy Pzp jest postawiony, oraz nie podając odrębnego uzasadnienia w tym zakresie. Z tych względów trudno traktować go jako odrębny zarzut. Jak zaznaczono powyżej, w ocenie Izby, podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasada przejrzystości i uczciwej konkurencji, zostały naruszone wobec stwierdzenia istnienia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie przez niego nieprawdziwych informacji odnośnie podstaw wykluczenia z postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od uczestnika postępowania, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego rzecz Odwołującego i Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocników stron na podstawie faktur złożonych przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: