

Sygn. akt: KIO 1425/21, KIO 1426/21

WYROK
z dnia 8 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
 Agata Mikołajczyk
 Aneta Mlącka

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, (KIO 1425/21),
- B. w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, (KIO 1426/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 24/26, 87-100 Toruń**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1425/21 i KIO 1426/21 po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Balzola Polska Sp. z o.o., INTOP Warszawa Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1425/21 i KIO 1426/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisów od dwóch odwołań;
3. zasądza od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **Miejskiego Zakładu Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** kwotę **4 364 zł 01 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt cztery złote jeden grosz), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i poniesionych kosztów dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1425/21

KIO 1426/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zakład Komunikacji w Toruniu Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa linii tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla osiedla JAR, numer ref.: MZK.D-251-10/2020,

a) Część A: „Budowa nowej linii tramwajowej do os. Jar wraz z infrastrukturą towarzyszącą na odcinku ulic: Watzenrodego, Ugory, Polnej i Legionów od skrzyżowania z ul. Strobanda (z skrzyżowaniem) do przejazdu kolejowo - drogowo - tramwajowego”

b) „Część B - „Budowa nowej linii tramwajowej do os. Jar wraz z infrastrukturą towarzyszącą na odcinku ulic: Legionów, Ronda Czadcy, Długiej i Szosy Chełmińskiej od przejazdu kolejowo-drogowo-tramwajowego (z tym przejazdem) do skrzyżowania przy pl. NOT (z tym skrzyżowaniem)” realizowanych w ramach Projektu pn.: „Poprawa funkcjonowania komunikacji miejskiej w Toruniu - BIT CITY II”, (dalej jako „Postępowanie”) nr POIS.06.01.00-00-0042/16. Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący: STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł dwa odwołania wobec czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na dokonaniu wyboru dla części A, jak i części B, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum w składzie: (1) Intop Warszawa Sp. z o.o. oraz (2) Balzola Polska Sp. z o.o., obydwaj z siedzibą Warszawie (dalej również jako „Konsorcjum”), z tym, że dla części A pełnomocnikiem konsorcjum (liderem) jest Intop sp. z o.o., natomiast dla części B pełnomocnikiem konsorcjum jest Balzola Polska sp. z o.o.

Zarzuty obydwu odwołań oparte są na tożsamym stanie faktycznym.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferty dla obu części, odrzucone jako niezgodna z ustawą Pzp.

I. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, pomimo że jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenia zamówienia, tj. Balzola Polska Sp. z o.o., w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności, 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 (JEDZ): „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, ponieważ wcześniejsza umowa Nr ZP/PN/04040/04/2017 z 25.08.2017 r., której przedmiotem było wykonanie zadania pn.: „04040 - Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od Glinianej do Dyrekcyjnej we Wrocławiu”, została rozwiązana przed czasem na mocy oświadczenia o odstąpieniu od umowy złożonego w dniu 5.12.2018 r. przez Zamawiającego Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A.

2. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy na realizację zadania wskazanej wyżej w pkt 1., co doprowadziło do jej rozwiązania przez Zamawiającego przed czasem;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

4. art. 26 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 104 k.c. - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że została podpisana przez osobę nieumocowaną do działania oraz sprzecznym ze wskazanymi przepisami pzp i kc uznaniu, że prawnie dopuszczalne było konwalidowanie jednostronnej czynności prawnej przez uzupełnienie pełnomocnictwa opatrzonego datą późniejszą niż data podpisania Oferty i jej złożenia.

II. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru ofert Konsorcjum w składzie: Balzola Polska Sp. z o.o. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszych,

2. wykluczenia z Postępowania Konsorcjum jw.

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach postępowania dotyczącego Części A oraz B,

4. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu w ramach Części A oraz B.

Odwołujący złożył dla części A i B oferty sklasyfikowane na miejscu drugim. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić do wykluczenia z postępowania Konsorcjum, a w konsekwencji do odrzucenia jego ofert i wyboru ofert odwołującego.

Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ IDW, Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 PZP. Zamawiający przewidział przesłankę wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą wyklucza się z postępowania wykonawcę który z przyczyn leżących po jego stronie, nie

wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt a ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

- Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo że wprowadziło ono zamawiającego w błąd udzielając przeczącej odpowiedzi na pytanie o wcześniej rozwiązane umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. Zgodnie z orzecznictwem KIO art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Regulacje stanowią więc swoisty wzorzec profesjonalizmu i należytej staranności wymaganych od podmiotów, które ubiegają się o realizację zamówień publicznych, a we wzorcu tym mieści się obowiązek rzetelnego informowania instytucji zamawiających o przeszłości wykonawcy, w tym zwłaszcza o jego doświadczeniach związanych z realizacją wcześniejszych umów w sprawach zamówień publicznych. W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu zgodnie z art. 355 § 2 k.c. W obecnym stanie prawnym dokument JEDZ stał się podstawowym źródłem informacji na temat wykonawców na etapie następującym po złożeniu ofert, zatem informacje ujęte w dokumencie muszą być pełne, precyzyjne i kategoryczne i podlegają ocenie pod kątem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP. W kontekście oceny działania Konsorcjum kluczowe znaczenie ma pytanie w części III, sekcja C JEDZ: „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?” Obowiązkiem Wykonawcy jest wskazanie czy takowy fakt miał miejsce, tj. fakt rozwiązania umowy tak, aby Zamawiający miał możliwość oceny, czy zachodzą podstawy do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Wystąpienie jednego z tych elementów nie oznacza automatycznego wykluczenia z postępowania, gdyż to będzie możliwe dopiero po ustaleniu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest skutkiem przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd zatajając przed nim informację o rozwiązanej wcześniej umowie. Udzielając odpowiedzi na cytowane wyżej pytanie Balzola Polska Sp. z o.o. wskazała na odpowiedź „NIE”. Tymczasem, dnia 5.12.2018 r. Gmina Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy Nr ZP /PN/04040/04/2017 zawartej w 25.08.2017 r. z Balzola Polska Sp. z o.o. i Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima na realizację zadania

pn.: „04040-Budowa trasy tramwajowej/.../” z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.
Dowód: Oświadczenie z dnia 05.12.2018 roku,

Istotne znaczenie ma okoliczność, że do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Tym samym nie powinno być wątpliwe, iż Balzola Polska Sp. z o.o. powinna w JEDZ przedstawić Zamawiającemu informacje na temat wskazanej umowy i faktu jej rozwiązania. Nie podanie tych informacji świadczy co najmniej o niedbalstwie Balzola Polska Sp. z o.o., niemniej w ocenie Odwołującego, ocena całego stanu faktycznego i prawnego sprawy, pozwala stwierdzić, że zachowaniu Wykonawcy można przypisać cięższy stopień winy wskazany w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 PZP, ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy.

Nieprzedstawienie tych informacji nastąpiło w warunkach rozmyślnego działania. Dodatkowo zatajone informacje, miały realny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu - doszło bowiem do wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum.

Przesłanka do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp została przewidziana w punkcie 3.1. SIWZ IDW.

Z informacji uzyskanych od Zamawiającego będącego stroną wskazanej wcześniej umowy dot. Budowy trasy tramwajowej we Wrocławiu wynika, że Balzola Polska Sp. z o.o. będąc członkiem Konsorcjum wykonującego przedmiotowe zadanie, nie wywiązała się ze swoich zobowiązań umownych, czego konsekwencją było złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 05.12.2018 roku. W oświadczeniu wskazane zostało, że działania Konsorcjum i zła organizacja robót prowadziło do zwłoki w wykonaniu robót, co więcej Wykonawca nie wykonał swoich obowiązków umownych, które doprowadziły do konieczności zlecenia przez Zamawiającego wykonania zastępczego opracowania projektów organizacji ruchu, co miało przełożyć się na opóźnienie w realizacji robót oraz dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego. Ponadto, zgodnie z przedmiotowym oświadczeniem, Konsorcjum nie wykonało założeń planu naprawczego. Okoliczność ta przemawia za stwierdzeniem, że wskazane zadanie nie zostało wykonane w istotnym stopniu.

W związku z rozwiązaniem umowy nie toczy się obecnie żadne postępowanie sądowe w którym Balzola Polska Sp. z o.o. kwestionowałyby skuteczność oświadczenia o odstąpieniu z Strony zawarły ugodę sądową, w której strony potwierdziły że Umowa została rozwiązana przed czasem, niemniej nie rozstrzygnęły, czy rozwiązanie umowy nastąpiło w wyniku oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez Zamawiającego. Przedmiotowa ugoda dotyczy wyłącznie kwestii finansowych. O świadczenie o odstąpieniu od Umowy dokonane względem Konsorcjum w skład którego wchodziła Balzola Polska Sp. z o.o. funkcjonuje w obrocie prawnym. Wskazana okoliczność jest istotna w zakresie zarzutu podania w JEDZ nieprawdziwych informacji. Balzola Polska jest w sytuacji, w której wcześniejsza umowa

której była stroną, została rozwiązana przed czasem z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co zostało potwierdzone przez strony. Zamawiający powinien zostać poinformowany o tym fakcie w celu umożliwienia oceny sytuacji pod kątem przesłanek wykluczenia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 Pzp Odwołujący podnosi, że Lider Konsorcjum przedstawiając niepełne informacje w dokumencie JEDZ, zataił te, które mogły i powinny być analizowane - co z doprowadziło do naruszenia równego traktowania wykonawców.

Przemilczając fakt rozwiązania uprzedniej umowy Konsorcjum bezzasadnie uniknęło weryfikacji, za sprawą czego oferta przezeń złożona uznana za najkorzystniejszą. Odnośnie naruszenia art. 26 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 104 k.c. i art 99 k.c. odwołujący wskazał, że zamawiający bezpodstawnie uznał, że oferta Konsorcjum jest ważna i skuteczna, pomimo, że osoba którą ją podpisała nie była umocowana do tego w dniu podpisania i jej złożenia w postępowaniu, jak również, że możliwe jest i prawnie dopuszczalne konwalidowanie jednostronnej czynności prawnej poprzez złożenie dokumentu pełnomocnictwa z datą późniejszą niż data jej dokonania. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa i wskazał, że przedłożone na wezwanie pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do złożenia lub oferty na dzień jej dokonania. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo w formie elektronicznej z datą 21.04.2021 roku, w którym udzieliło pełnomocnictwa Panu Andrzejowi R.emu, do działania w postępowaniu, w tym do podpisania Oferty. Ponadto członkowie Konsorcjum potwierdzili dokonane przez Pana R. czynności, i oświadczyli, że Pan R. był pełnomocnikiem Konsorcjum od dnia jego zawiązania tj. od 2.03.2021 roku. Zamawiający uznał wskazane pełnomocnictwo jako prawidłowe dokonując wyboru Oferty Konsorcjum.

Kluczowa dla stwierdzenia, czy opisane powyżej uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa był prawidłowe jest analiza przepisów Pzp kc, co do zasad i formy udzielania pełnomocnictwa. W Wskazać należy, że zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Stosownie do art. 99 § 1 Kc, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Z kolei w myśl art. 104 zd. pierwsze k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Zgodnie z orzecznictwem KIO, złożenie Oferty stanowi jednostronną czynność prawną (Wyrok KIO 24.09.2019 roku).

Zamawiający doszedł do słusznego przekonania, że Pan R., czyli osoba która podpisała Ofertę w imieniu Konsorcjum nie był do tego prawidłowo umocowany, czego konsekwencją było wezwanie do złożenia pełnomocnictwa dla ww. osoby w trybie art. 26 ust. 3a Pzp.

Nieprawidłowe były natomiast uznanie, że dopuszczalne było złożenie pełnomocnictwa z datą późniejszą niż data, szczególnie w sytuacji w której do dokonania tej czynności wymagana jest szczególna forma prawna. W ocenie Odwołującego złożenie dokumentu pełnomocnictwa w wymaganej prawem formie dopiero po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, stanowi podstawę do uznania, iż zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi bowiem o odrzuceniu oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (np. kc), co w ocenie Odwołującego miało miejsce w omawianym przypadku.

Jak wynika z art. 104 k.c. brak właściwego, także co do formy, pełnomocnictwa oznacza brak możliwości skutecznego działania pełnomocnika. Możliwości naprawienia tej sytuacji nie można wywieść z art. 26 ust. 3a PZP. Zasadą jest składanie ofert i pełnomocnictw w terminie. Wyjątkiem jest możliwość uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3. Skoro wykonawca działa przez pełnomocnika, to w dacie składania oferty, dla uznania skuteczności jej złożenia, konieczne jest istnienie pełnomocnictwa, w przewidzianej przepisami formie tj. wg art. 10a ust. 5 Pzp. Skoro dla skuteczności złożenia oferty i udzielenia pełnomocnictwa do jej złożenia wymagana jest szczególna forma, to nie jest możliwe potwierdzenie dokonania tej czynności za sprawą pełnomocnictwa sporządzonego w późniejszej dacie.

Zarówno pełnomocnictwo udzielone przez Intop Panu W., jak pełnomocnictwo udzielone przez Balzola Panu R., sporządzone zostały w formie pisemnej, nie zaś w formie o której mowa w art. 10a ust. 5 PZP. W ciągu pełnomocnictw jedynie pełnomocnictwo udzielone przez Intop spółce Balzola spełniało wymagania wskazane w przywołanym przepisie PZP. Stąd również z tej przyczyny pierwotne pełnomocnictwo udzielone spółce Balzola do działania w imieniu obu Konsorcjantów było nieprawidłowe, gdyż pełnomocnictwa stanowiące podstawę jego wystawienia nie zostały sporządzone w wymaganej formie.

Błędne było uznanie, że dopuszczalne było złożenie przez Konsorcjum pełnomocnictwa z datą późniejszą niż data złożenia oferty. Stanowiska tego nie zmienia potwierdzenie w treści pełnomocnictwa czynności podjętych przez Pana R., gdyż jest to sprzeczne z art. 104 k.c. Faktu tego nie zmienia stwierdzenie, że Pan R. było rzekomo pełnomocnikiem Konsorcjum od 2.03.2021 roku. Tego rodzaju oświadczenie, jest sprzeczne z ciągiem pełnomocnictw, w szczególności udzielenia przez Intop spółce Balzola pełnomocnictwa dopiero w dacie 30.03.2021 roku, po wtóre gdyby tego rodzaju pełnomocnictwo istniało, Konsorcjom powinno je załączyć do oferty, względnie w odpowiedzi na wezwanie, czego nie uczyniło, co potwierdza stanowisko, że nie jest możliwe aby Pan R. był skutecznie umocowany zgodnie z k.c. PZP do działania w imieniu Konsorcjum już we wskazanej dacie.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniach Strabag sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołań w całości.

Podniesione zarzuty nie są zasadne, zaś dokonana czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana prawidłowo, zgodnie z przepisami prawa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp zauważył, że zarzut oparty jest na twierdzeniu, że w JEDZ wykonawca nie zaznaczył właściwej odpowiedzi czym wprowadził Zamawiającego w błąd w warunkach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W zamieszczonej w rozporządzeniu instrukcji ustawodawca europejski wskazał, że „jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, (...) stanowi oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni (...). Dokument na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji. (...) obejmuje oficjalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednie podstawy wykluczenia nie mają zastosowania, że odpowiednie kryteria kwalifikacji są spełnione i że wykonawca przedstawi odpowiednie informacje wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający.”.

Zamawiający wskazał także na opublikowaną przez UZP Instrukcję wypełnienia JEDZ (do której stosowania Zamawiający zawarł odniesienie w pkt. 5.6 ID Wykonawców), w zakresie opisywanego przez Odwołującego pytania w JEDZ, zamieszczono wytyczną „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.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że treści JEDZ, nie można odczytywać i interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji - jako dokumentu służącego wstępnemu potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia. Pytanie z JEDZ odnosi się zatem wyłącznie do sytuacji, w których wobec wykonawcy zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Mając powyższe na uwadze i uwzględniając okoliczności przedmiotowej sprawy, nie jest zasadnym twierdzenie, jakoby Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie w błąd przy wypełnianiu formularza JEDZ.

Aby uprawnionym było wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, wszystkie określone tym przepisem przesłanki muszą zaistnieć łącznie. Ciężar wykazania, że takie okoliczności istotnie ziściły się w danym stanie faktycznym spoczywa zaś na tym, kto formułuje tezę o wystąpieniu podstawy do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu. W niniejszej sprawie, ciężar udowodnienia wszystkich okoliczności spoczywa na Odwołującym.

Samo złożenie przez jedną ze stron stosunku prawnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy stanowi tylko jeden z elementów art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a przy tym element wtórny i wynikowy. Najistotniejsze i konieczne do wykazania wystąpienia podstawy wykluczenia w świetle ww. przepisu jest wykazanie, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz wykazanie, że takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie odnosi się do istotnej części umowy.

Formułując twierdzenie o rzekomym zaistnieniu podstawy wykluczenia Konsorcjum z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, nie jest zasadne.

W świetle powyższego, nie sposób uznać, jakoby w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, polegająca na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu przez wykonawcę umowy, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do rozwiązania umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 104 kc. i art. 99 k.c. wskazał na art. 26 ust. 3 pzp.

W świetle obowiązujących przepisów prawa za dopuszczalne i prawidłowe należy uznać złożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie uzupełnionego pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie pełnomocnika do podpisania oferty (w tym pełnomocnictwa opatrzonego datą późniejszą niż termin składania ofert), z którego wynika potwierdzenie, że pełnomocnik był umocowany do działania w chwili dokonania czynności złożenia oferty.

Z pełnomocnictw przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie (uwzględniając je łącznie z dokumentami przedłożonymi razem z ofertą), jednoznacznie wynika, że: p. A. R. został skutecznie umocowany do reprezentacji obydwu członków Konsorcjum – w tym do podpisania w imieniu całego Konsorcjum oferty złożonej w Postępowaniu; wolą mocodawców (Konsorcjum) było umocowanie p. R. do podejmowania wszelkich czynności faktycznych i prawnych w Postępowaniu; p. A. był pełnomocnikiem Konsorcjum od chwili jego zawiązania, tj. od dnia 02.03.2021 r.; od tej samej chwili (tj. od dnia 02.03.2021 r.) był umocowany do działania w imieniu członków Konsorcjum w całym zakresie, o którym mowa w treści pełnomocnictwa; członkowie Konsorcjum potwierdzili wszelkie czynności i działania podjęte dotychczas przez p. A. R. w Postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że p. A. R. był należycie umocowany do reprezentacji Konsorcjum, w tym w do złożenia ważnej oferty, a w konsekwencji nie zaistniały w sprawie okoliczności, które stanowiłyby podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum. Przedmiotowy zarzut Odwoływającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska do protokołu

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania na rozprawie z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składa się w szczególności dokumentacja prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie oraz do protokołu, ustaliła i zważyła co następuje.

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

Tożsamość zarzutów obydwu odwołań opartych na tej samej podstawie faktycznej i prawnej uzasadniają dokonanie przez skład orzekający łącznej ich oceny.

Jak wynika z sentencji niniejszego wyroku Izba uznała, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Kwestionowane jest przez odwołującego dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wybór w obydwu częściach ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum, w skład którego wchodzi wykonawca Balzola Polska sp. z o.o., w jednym wypadku jako lider konsorcjum (pełnomocnik), a w drugim jako członek – partner konsorcjum.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferty dla obu części, odrzucone jako niezgodna z ustawą Pzp.

Powyższe opiera na fakcie, iż wykonawca Balzola Polska wykonywał wraz z innym podmiotem w formie konsorcjum umowę Nr ZP/PN/04040/04/2017 z dnia 25 sierpnia 2017 r., której przedmiotem było wykonanie zadania: „04040 - Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od Glinianej do Dyrekcyjnej we Wrocławiu”, a umowa została rozwiązana przed czasem na mocy oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 5 grudnia 2018 r. przez Zamawiającego Gminę Wrocław i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A.

W ocenie odwołującego brak zamieszczenia informacji o tym zdarzeniu w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) prowadzi do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, ponieważ wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej niedbalstwa lub lekkomyślności, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji Zamawiającego w postępowaniu. Z tego samego faktu wywiedziono naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, jako że wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy na realizację zadania wskazanego, co doprowadziło do jej

rozwiązania przez Zamawiającego przed czasem. W konsekwencji zarzucono naruszenie zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 7 ustawy pzp.

Ponadto odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 104 k.c. - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że została podpisana przez osobę nieumocowaną do działania oraz sprzecznym z przepisami pzp i kc uznaniu, że prawnie dopuszczalne było konwalidowanie jednostronnej czynności prawnej przez uzupełnienie pełnomocnictwa opatrzonego datą późniejszą niż data podpisania Oferty i jej złożenia.

Rozstrzygając zagadnienie wstępne wynikające z fakt, że podmiot Balzola Polska złożył ofertę wspólną z innym wykonawcą tj. Intop sp. z o.o., a wskazaną umowę we Wrocławiu wykonywał z innym członkiem konsorcjum, skład orzekający stoi na stanowisku, że ta odmienność podmiotów nie jest przeszkodą w dokonaniu oceny obecnego statusu wykonawcy Balzola w kontekście rozwiązywanej umowy. W szczególności wynika to z faktu, że każdy z uczestników konsorcjum, zgodnie z przepisem ustawy jest solidarnie odpowiedzialny za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem każdego dotyczy pytanie zawarte w części III c JEDZ wskazujące, na wykonawcę, który znajdował się w określonej sytuacji.

Wskazując zatem na dokument JEDZ skład orzekający, za wyrokami KIO 2094/20 i KIO 2573/20, zauważa, że dokument JEDZ ma charakter uniwersalny. Wykonawca składa oświadczenia, które powinny być zgodne ze stanem rzeczywistym. Informacje przedstawione przez wykonawcę oraz złożone odpowiedzi stanowią podstawę do dokonania oceny przez Zamawiającego. Podobnie w przypadku zacytowanego wskazanego pytania wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie zrealizowanych przez niego umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy takie nieprawidłowości wystąpiły, formularz dokumentu JEDZ wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Zgodnie z artykułem 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp, z postępowania można wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w artykule 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zatem skoro przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazuje na sytuację związaną z wcześniejszym rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to w dokumencie JEDZ powinny znaleźć się informacje o takich właśnie sytuacjach. Zdaniem odwołującego jednak, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia informacji o wszelkich zawartych przez wykonawcę umowach, które zostały rozwiązane przed określonym w tych umowach czasem ich obowiązywania, tak aby to Zamawiający mógł ocenić, czy zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględnienie takiego stanowiska oznaczałoby konieczność wskazywania przez wykonawców dokładnej historii zawartych umów, a po stronie Zamawiającego – konieczność przeprowadzania szczegółowych badań i oceny w

zakresie historii każdej z umów wskazanych przez wykonawców, sposobu oraz przyczyn jej rozwiązania, sposobu i powodów określonego rozliczenia stron, obliczania wykonanego i niewykonanego zakresu umowy oraz wartości obu tych zakresów, jak również analizowania wielu innych okoliczności. Jak wskazano powyżej, wypełnienie dokumentu JEDZ powierzone zostało wykonawcy, jest on zobowiązany do podania w nim informacji prawdziwych. W rozpatrywanej sprawie odwołujący wywodzi stanowisko z faktu odstąpienia od umowy „wrocławskiej” przez zamawiającego w drodze oświadczenia z dnia 5 grudnia 2018 r. z tezą, iż oświadczenie to pozostało niezmiennie w obrocie prawnym, a tym samym prowadzi do obowiązku wykluczenia wykonawcy tej umowy przez kolejnych zamawiających na podstawie powołanych przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby takie stanowisko jest nieprawidłowe. W odniesieniu do opisywanej umowy zaszła bowiem istotna okoliczność polegająca na zawarciu przez jej strony dnia 19 grudnia 2019 r. ugody przedsądowej wciągniętej do protokołu z dnia 11 marca 2020 r. Sądu Rejonowego dla Wrocławia Śródmieście we Wrocławiu sygn. akt IX Co 187/18. Stosownie do treści tej ugody, niezależnie od uzgodnienia kwestii płatności wzajemnych, strony potwierdziły fakt, że nastąpiło rozwiązanie umowy nie rozstrzygając, czy stało się to na podstawie wspomnianego oświadczenia zamawiającego, czy też na późniejszego podstawie oświadczenia wykonawcy. Takie uzgodnienie prowadzi do wniosku, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z winy lub przyczyn leżących po którejkolwiek ze stron, a sposób rozwiązania jako ugody jest najbliższy nazwie „rozwiązania za porozumieniem stron.” W takim stanie rzeczy w ocenie składu orzekającego wykonawca miał uzasadnione podstawy do twierdzenia, że nie zaszła potrzeba zamieszczenia przez niego w formularzu JEDZ o umowie rozwiązywanej z przyczyn leżących po jego stronie. Warto przy tym zauważyć, że układ dokumentu prowadzi, w razie pozytywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, do wniosku o zaistnieniu przesłanki wykluczenia z postępowania i w kolejności potrzebie dokonania tzw. samooczyszczenia.

W świetle przedstawionych ustaleń stanu faktycznego i dokonanej oceny, Izba uznaje analogiczny zarzut w obydwu odwołaniach za niezasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3a oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 104 k.c. i art 99 k.c. skład orzekający podzielił stanowisko zamawiającego i przystępującego po jego stronie. Zamawiający w trakcie procedury oceny ofert, wezwał wykonawcę do złożenia w trybie art. 26 ust. 3a PZP, prawidłowo udzielonych pełnomocnictw po uznaniu, że złożone pełnomocnictwo p. A. R. udzielone przez Członka Zarządu firmy Balzola w dniu 30.09.2020 r., nie zawiera umocowania do ustanawiania dalszych pełnomocników i do przenoszenia tego prawa na dalszego pełnomocnika. Zamawiający wskazał, że z treści pełnomocnictwa złożonego w odpowiedzi na wezwanie musi wynikać, iż pełnomocnik na dzień dokonywania czynności (w przedmiotowym przypadku złożenia oferty w imieniu konsorcjum) był już do tych czynności upoważniony lub

może w odpowiedzi złożyć jedno pełnomocnictwo udzielone wspólnie przez konsorcjantów (Intop i Balzola) dla p. J. W.

W świetle obowiązujących przepisów prawa za dopuszczalne i prawidłowe należy uznać złożenie przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie uzupełnionego pełnomocnictwa potwierdzającego umocowanie pełnomocnika do podpisania oferty (w tym pełnomocnictwa opatrzonego datą późniejszą niż termin składania ofert), z którego wynika potwierdzenie, że pełnomocnik był umocowany do działania w chwili dokonania czynności złożenia oferty. Stosownie do postanowień kc w tym przedmiocie forma elektroniczna zrównana jest z formą elektroniczną. Z pełnomocnictw przedłożonych w odpowiedzi na wezwanie (uwzględniając je łącznie z dokumentami przedłożonymi razem z ofertą), jednoznacznie wynika, że: p. A. R. został skutecznie umocowany do reprezentacji obydwu członków Konsorcjum – w tym do podpisania w imieniu całego Konsorcjum oferty złożonej w Postępowaniu; wolą mocodawców tj. Konsorcjum, było umocowanie p. R. do podejmowania wszelkich czynności faktycznych i prawnych w Postępowaniu; Pan ten był pełnomocnikiem Konsorcjum od chwili jego zawiązania, tj. od dnia 02.03.2021 r.; od tej samej chwili (tj. od dnia 02.03.2021 r.) był umocowany do działania w imieniu członków Konsorcjum w całym zakresie, o którym mowa w treści pełnomocnictwa; członkowie Konsorcjum potwierdzili wszelkie czynności i działania podjęte dotychczas przez p. A. R. w Postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że p. A. R. był należycie umocowany do reprezentacji Konsorcjum, w tym w do złożenia ważnej oferty, a w konsekwencji nie zaistniały w sprawie okoliczności, które stanowiłyby, podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum. Przedmiotowy zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....

