

Sygn. akt: KIO 1542/21

**WYROK
z 24 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow
Beata Konik
Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie 22 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2021 r. przez wykonawcę Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych

i Autostrad Oddział w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami: 1 oraz 4.1 i 5.1.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od odwołującego Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej na rzecz zamawiającego - Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, zwanej dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz LZMiUWzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa obwodnicy Lipska w ciągu drogi krajowej nr 79”, nr postępowania: GDDKiA.O.WA.D3.2410.45.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 143-352098.

24 maja 2021 r. wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. Art. 91 ust. 1 Pzp przez przyznanie ofercie wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Multiconsult lub Przystępujący) 7 punktów w ramach podkryterium oceny Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej określonego w pkt 19.3.1.2 ppkt 1 SIWZ i finalnie 100 punktów ogółem w ramach kryterium oceny ofert w sytuacji, w której oferta Przystępującego powinna otrzymać zero punktów w ramach tego podkryterium i 93 punktów ogółem;
2. Art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Multiconsult z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten jest winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, w szczególności wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniej realizowane zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
3. Art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, w której Multiconsult z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejsze umowy w sprawie zamówień publicznych, zawarte z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do ich rozwiązania;

4. Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji:
 1. że osoba wskazana na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej spełniała wymagania określone w pkt 19.3.1.2 ppkt 1 SIWZ,
 2. dotyczących przyczyn i okoliczności związanych z realizacją wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, które zostały zakończone przed czasem, co wpłynęło na ocenę przez Zamawiającego wystąpienia przesłanek do wykluczenia Multiconsult z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp;
5. Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania w sytuacji, w której w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie:
 1. doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności Inżynierskiej drogowej spełnia wymagania określone w pkt 19.3.1.2 ppkt 1 SIWZ,
 2. przyczyn i okoliczności związanych z realizacją wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, które zostały zakończone przed czasem, co wpłynęło na ocenę przez Zamawiającego wystąpienia przesłanek do wykluczenia Multiconsult z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownej czynności oceny ofert w ramach podkryterium oceny Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej określonego w pkt 19.3.1.2 ppkt 1 SIWZ i przyznanie ofercie Multiconsult w ramach tego podkryterium zero punktów oraz globalnie 93 punktów ogółem;
3. wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 Pzp.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający określił w punkcie 8.2.4 SIWZ przesłanki wykluczenia, a w punkcie 19.1.3.2 Podkryterium 2.1. oceny ofert dotyczące Doświadczenia Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej.

Oferta Przystępującego zdobyła maksymalną liczbę 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie dokonał jednak weryfikacji informacji wskazywanych przez Multiconsult w zakresie podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, a także nie przeanalizował

czy informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej spełniały literalnie wymagania określone w SIWZ. Zamawiający automatycznie przyjął, jako prawdziwe, wszystkie oświadczenia Przystępującego złożone w toku postępowania, nie podejmując żadnych działań mających na celu weryfikację ich zgodności z rzeczywistością. W efekcie Zamawiający został wprowadzony w błąd zarówno w zakresie dysponowania przez Multiconsult osobą spełniającą wymagania określone w pkt 19.3.1.2 ppkt 1 SIWZ dla Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, jak i w zakresie braku podstaw do badania czy wobec tego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej Odwołujący wskazał:

W punkcie 19.1.3.2 pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał:

„Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP jednojezdniowych o wartości robót co najmniej 60 000 000,00 PLN netto, w okresie minimum 12 miesięcy w ramach 1 zadania liczoną wstecz od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia i obejmującym datę wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu dla zadań realizowanych w oparciu o FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zadań, dla których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 2 punkty.
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.

- Za 1 zadanie potwierdzające wszystkie powyższe wymagania w okresie minimum 18 miesięcy, Wykonawca otrzyma 7 punktów.
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów”.

Przystępujący na potrzeby ww. podkryterium oceny ofert wskazał doświadczenia Pana D.W., którego doświadczenie w ocenie Odwołującego nie spełniało wymagań określonych w treści SIWZ. Odwołujący przedstawił rozbudowaną argumentacją na poparcie swojego stanowiska w ww. zakresie. Odwołujący uzasadnił również zarzuty zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących doświadczenia zawodowego Pana D.W. przez Przystępującego. Ze względu na fakt, że zarzuty dotyczące oceny oferty Przystępującego w ramach kryterium dotyczącym Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej zostały odrzucone jako wniesione po ustawowym terminie Izba uznała przytoczenie szczegółowej argumentacji Odwołującego dotyczącej tych zarzutów za niecelowe.

W zakresie zarzutów poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, rozwiązania umów przed czasem oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do istotnych okoliczności związanych z wcześniej wykonywanymi zamówieniami Odwołujący wskazał:

Zamawiający w pkt 8.2.4 SIWZ przewidział wykluczenie z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 Pzp.

Przystępujący w Części III JEDZ, lit. C, udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?". Do JEDZ Przystępujący dołączył "informację", w której wskazał, że na początku 2018 roku odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, będącego stroną tejże umowy. Przystępujący wyjaśnił, że w jego ocenie nie zachodzą wobec niego wskazane wyżej podstawy wykluczenia, ale z uwagi na art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, oraz spór między Multiconsult i tamtym zamawiającym informacja o odstąpieniu od umowy została wskazana z ostrożności. 17 września 2021 r. (tj. 10 dni po terminie składania ofert) Multiconsult z własnej inicjatywy

przedstawił aktualizację powyższego oświadczenia, w którym odniósł się do przebiegu realizacji dwóch umów, które zostały zakończone przed czasem.

Pierwsza z umów dotyczyła realizacji zamówienia realizowanego na rzecz Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze (dalej: LZMiUW) pn. "Opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej i dokumentacji technicznej pt. „Odbudowa Rzeki Kanał Kożuszna w km 0+000 - 14+600”. Umowa została zawarta 9 maja 2016 r., a oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez Przystępującego nastąpiło 18 stycznia 2018 r.

Zgodnie ze zaktualizowanym oświadczeniem, Multiconsult nie czuł się zobowiązany do dokonywania procedury samooczyszczenia, gdyż jego zdaniem wobec niego w ogóle nie zachodziły przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Przystępujący wskazał bowiem, że to on był stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, która od niej odstąpiła, a odpowiedzialność za zaistnienie przyczyn stanowiących podstawę zakończenia współpracy ponosił wyłącznie LZMiUW.

Z informacji przedstawionych przez Przystępującego wynikało, że zamówienie obejmowało wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej, dokumentacji technicznej oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę. W ramach realizacji przedmiotu umowy obowiązkiem Multiconsult było występowanie w imieniu Zamawiającego przed szeregiem organów i instytucji państwowych i samorządowych, a także reprezentowanie Zamawiającego w kontaktach z osobami prawnymi (właścicielami działek położonych w obrębie inwestycji). Zamawiający udzielił pracownikom Multiconsult pełnomocnictw do występowania w imieniu Województwa Lubuskiego - LZMiUW jako inwestora, we wszystkich sprawach dotyczących uzgodnienia spraw formalno-prawnych związanych z opracowaniem dokumentacji technicznej w tym również do wystąpienia o decyzję pozwolenia na budowę dla zadania inwestycyjnego. Pełnomocnictwa powyższe zostały udzielone 8 marca 2017 r. na czas określony do 15 października 2017 r. i z upływem tego dnia wygasły. Brak stosownych pełnomocnictw czynił, zdaniem Przystępującego, niemożliwym wykonywanie obowiązków umownych, a w konsekwencji spowodował zakończenie realizacji przedmiotu umowy. Multiconsult wskazał, że dwa razy zwrócił się o dostarczenie nowych pełnomocnictw, a po upływie wyznaczonego terminu na ich przesłanie 18 stycznia 2018 r. odstąpił od umowy z zamawiającym.

Zdaniem Odwołującego, Przystępujący celowo zataił istotne dla sprawy okoliczności, które w sposób istotny rzutowały na sposób postrzegania jego działania w ramach realizacji umowy.

Umowa z LZMiUW zakładała termin wykonania zamówienia do 15 października 2017 r. (termin wykonania zamówienia nie był prolongowany aneksami do umowy) i dlatego też przekazane przez Zamawiającego pełnomocnictwo było ważne tylko do tej daty. Powyższa informacja znacząco zmieniała ocenę sytuacji, w której znalazł się Multiconsult. Kierowane do LZMiUW żądania przekazania nowych pełnomocnictw miały miejsce kilka miesięcy po dacie do jakiej zamówienie miało być wykonane, a więc w dacie, kiedy Multiconsult pozostawał w zwłoce w wykonaniu zamówienia. Zgodnie z § 15 ust. 1 pkt 1 tiret pierwszy umowy z 9 maja 2016 r. jeśli niemożliwość uzyskiwania niezbędnych zgód i pozwoleń wynikałaby z winy LZMiUW lub z przyczyn zewnętrznych, Multiconsult miał uprawnienie do skutecznego żądania jej zmiany przez wydłużenie terminu o czas istnienia przeszkody. Multiconsult nie skorzystał z powyższego uprawnienia, co pośrednio potwierdzało, że to sposób realizacji zamówienia przez Multiconsult przyczynił się do utrudnień w realizacji zamówienia.

Przystępujący zaniechał również wskazania, że LZMiUW pismem z 7 lutego 2018 r. uznał złożone oświadczenie o odstąpieniu jako bezpodstawne oraz wezwał Multiconsult do ukończenia zamówienia, co czyniło oświadczenie w brzmieniu „Jednocześnie nie posiadamy wiedzy, jakoby Zamawiający podjął jakiegokolwiek kroki prawne w związku z odstąpieniem przez nas od umowy” oświadczeniem nieprawdziwym.

Z uzyskanych przez Odwołującego od LZMiUW informacji wynikało, że odstąpienie od umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie. Co więcej, z pisma LZMiUW z 7 lutego 2018 r. stanowiącego odpowiedź na oświadczenie o odstąpieniu od umowy wynikało, że Przystępujący pozostawał w dwumiesięcznej zwłoce w realizacji umowy i nie zrobił praktycznie nic dla jej prawidłowego ukończenia. Zdaniem LZMiUW Multiconsult wykonał w tym czasie wyłącznie „wstępne rozeznanie” i nie wykonał żadnych działań i prac związanych z pozyskiwaniem zgód właścicieli gruntów oraz współdziałania z organami administracji publicznej. Ponadto Multiconsult bez żadnej podstawy prawnej i faktycznej złożył oświadczenie o wstrzymaniu się z realizacją umowy, co przyczyniło się do powstania opóźnień i wygaśnięcia pełnomocnictw.

Z kolei ze skierowanego do LZMiUW pisma Przystępującego z 15 listopada 2019 r. wynikało, że większość właścicieli nieruchomości położonych na obszarze objętym realizowaną inwestycją uzależniało swoją zgodę od uzgodnienia odpowiedniej kwoty za wykup gruntu w toku rokowań bądź w ogóle nie wyraża takiej zgody. Z treści tego pisma można również pośrednio wywnioskować, że przyczyną konfliktu na linii wykonawca - inwestor nie była kwestia pełnomocnictw, jak starał się to przedstawić Multiconsult, ale rozbieżności pomiędzy założeniami projektowymi, a stanem zastanym, w tym w szczególności nieuwzględnienie przez Przystępującego przy obliczaniu ceny oferty szeregu okoliczności związanych z realizacją zamówienia. Twierdzenie to potwierdzała treść protokołu ze spotkania, które

miało miejsce 30 maja 2019 r., podczas którego Multiconsult wskazał, że nie doszacował prac nad dokumentacją podziałową na etapie przetargu - szacował 50 szt. działek, a w rzeczywistości jest było ich ok. 330 szt.

Przystępujący składając dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 Pzp miał już wiedzę, że strony finalnie nie doszły do porozumienia, co do zasad dalszej współpracy, LZMiUW w grudniu 2020 r. obciążył go karą umowną za 94 dni zwłoki w zakończeniu prac, a 31 grudnia 2020 r. złożył przeciwko Multiconsult pozew o zapłatę należności z tego tytułu. Mimo dysponowania powyższą wiedzą, Przystępujący zaniechał przekazania Zamawiającemu jakichkolwiek informacji.

Zdaniem Odwołującego wobec powyższego Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, a także, ze względu na opisane wyżej wprowadzenie Zamawiającego w błąd (przez zatajenie istotnych dla oceny stanu faktycznego informacji) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W zakresie zaniechania wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Odwołujący wskazał, że ustawodawca nie upatrywał podstawy rozwiązania umowy w „winie wykonawcy”. W przepisie mowa jest o „przyczynach leżących po stronie wykonawcy”. Taki rodzaj zabiegu językowego wskazuje, że przyczynami rozwiązania lub odstąpienia od umowy mógł być zarówno niewłaściwy sposób wykonywania zamówienia (celowe działanie lub rażące niedbalstwo), jak i inne okoliczności np. brak wystarczającej analizy SIWZ przed złożeniem oferty, niedopełnienie obowiązków związanych z pozyskaniem dokumentu nowego pełnomocnictwa w okresie ważności pierwotnie otrzymanego dokumentu etc. Dla zastosowania wskazanej przesłanki wykluczenia wystarczającym było wykazanie, że przyczyny związane z uchybieniem warunków realizacji zamówienia zaistniały z uwagi na okoliczności właściwe czy leżące po stronie wykonawcy.

Drugą ze wskazywanych przez Multiconsult umów rozwiązanych przed czasem była umowa realizowana na rzecz Gminy Miejskiej Głogów oraz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Głogowie Sp. z o.o. Dotyczyła ona opracowania programu zagospodarowania wód opadowych dla miasta Głogowa w ramach zadania „Opracowania programu zagospodarowania wód opadowych m.in. w związku ze zmianami klimatycznymi”, umowa nr UM/649/WliD/1528/2016 zawarta w 14 września 2016 r.

W zakresie powyższego zamówienia, zgodnie z informacjami przekazanymi przez Multiconsult, nie doszło do rozwiązania umowy, ani do zasądzenia odszkodowania, zaś wzajemne roszczenia stron zostały uregulowane ugodą zawartą 7 listopada 2019 r. przed Sądem Rejonowym w Głogowie. W oświadczeniu zostało wskazane, że „W toku realizacji umowy pojawiły się okoliczności zewnętrzne dla Stron uniemożliwiające wykonanie całego przedmiotu umowy w pierwotnie ustalonym terminie, w tym w szczególności związane

z wydłużonym czasem pozyskiwania materiałów niezbędnych do realizacji opracowania, procedurą zmiany przepisów (w tym prawa wodnego) oraz koniecznością dostosowania opracowania do ich znowelizowanego brzmienia” oraz „w szczególności zwracamy uwagę, że w niniejszej sprawie nie doszło do rozwiązania umowy, ani do zasądzenia odszkodowania, jak również do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Multiconsult, co miałyby podważać rzetelność i uczciwość Multiconsult, jako członka konsorcjum wykonującego umowę z Zamawiającym”. Przystępujący przemilczał natomiast, że wystąpienie okoliczności zewnętrznych czy nieleżących po stronie konsorcjum było jego subiektywną oceną, niepotwierdzoną przez samego zamawiającego, który uznawał, że winę za opóźnienia ponosi konsorcjum. Przystępujący wskazał, że „Zamawiający pismem z 29 lipca 2019 r. naliczył konsorcjum karę umowną za opóźnienie w łącznej kwocie 1 368 903,90 zł. Konsorcjum w całości zakwestionowało ww. karę umowną, w tym podniosło jej nieważność i nieskuteczność jej zastrzeżenia, brak podstaw faktycznych i prawnych do jej naliczenia, jak również jej rażące wygórowanie. Noty księgowe zostały zakwestionowane i odesłane przez lidera konsorcjum Wykonawcy bez księgowania (...)

- b. Zamawiający zobowiązał się zapłacić konsorcjum Wykonawcy kwotę 75 000,00 zł netto, tj. 92 250,00 zł brutto, z tytułu wynagrodzenia należnego za wykonanie przez konsorcjum Wykonawcy elementów opracowania dotychczas nieodebranych przez Zamawiającego na podstawie umowy - kwota ta wyczerpuje wzajemne roszczenia Stron.
- c. Zamawiający zrzekł się i zobowiązał się w przyszłości nie dochodzić roszczeń względem Wykonawcy z tytułu niewykonania bądź nienależytego (w tym z opóźnieniem) wykonania Umowy, w tym w szczególności zrzekł się i zobowiązał się nie dochodzić naliczonych kar umownych i roszczeń odszkodowawczych”.

Przystępujący nie podał, że żądana przez konsorcjum kwota wynagrodzenia z tytułu nieodebranych elementów dokumentacji opiewała na kwotę prawie cztery razy wyższą niż ta, którą konsorcjum finalnie otrzymało na skutek zawartej ugody. Fakt ten przeczy twierdzeniu, że zamawiający uznał zasadność twierdzeń konsorcjum i odstąpił od egzekwowania swojego uprawnienia do żądania zapłaty kary umownej (która dotyczyła opóźnienia w realizacji zamówienia o 455 dni i kilkukrotnie przewyższała wartość wynagrodzenia umownego).

Na skutek zawartej ugody każda ze stron zrezygnowała ze swoich roszczeń - zamawiający z dochodzenia kary umownej, a konsorcjum z roszczenia o zapłatę pełnej wartości wynagrodzenia wynikającego z umowy. W ramach zawartej ugody każda ze stron poszła na ustępstwa w celu sfinalizowania współpracy. Tym samym kary umowne zostały

skonsumowane w treści ugody, a nie - jak próbował dowieść Przystępujący, zamawiający odstąpił od naliczenia kary umownej.

Opisany stan faktyczny w ocenie Odwołującego potwierdzał zasadność żądania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, a także – podobnie jak w przypadku umowy dot. kanału Kozuszna – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący załączył do odwołania następujące dowody:

1. Pismo Zamawiającego z 23 kwietnia 2021 r.,
2. Umowa z 9 maja 2016 r. o nr Mi.4140.9.2016.WS,
3. Pismo Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze z 7 lutego 2018 r.,
4. Pismo Multiconsult z 15 listopada 2019 r.,
5. Protokół ze spotkania z 30 maja 2019 r.,
6. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

16 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego odrzucenie jako wniesionego po terminie. Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o odrzucenie odwołania, Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający 22 stycznia 2021 r. dokonał oceny wszystkich ofert w postępowaniu, w tym oferty Przystępującego oraz dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultings Sp. z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultings Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. (dalej: BBC). Informację o ww. czynności Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, 22 stycznia 2021 r. Odwołujący uzyskał więc na tym etapie, całościową informację w zakresie oceny oferty Przystępującego oraz punktacji przyznanej temu wykonawcy za zaoferowaną cenę oraz za pozostałe kryteria oceny ofert.

Oferta Przystępującego uzyskała 89,53 ogólnej liczby punktów, w tym 26 (maksymalna liczba punktów) w kryterium „Jakość” oraz 14 (maksymalna liczba punktów) w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy” i została sklasyfikowana na 2 pozycji w rankingu ofert.

Od czynności Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wyboru oferty BBC jako najkorzystniejszej odwołanie, 1 lutego 2021 r. wniósł Multiconsult wnosząc m.in. o odrzucenie oferty BBC lub wykluczenie BBC z postępowania,

W wyroku z 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 320/21 Izba uwzględniła odwołanie Multiconsult, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (BBC), powtórzenie czynności oceny i badania ofert oraz wykluczenie wykonawcy BBC. Odwołanie od czynności Zamawiającego z 22 stycznia 2021 r. wniósł również, 1 lutego 2021 r., Odwołujący

Ayesa zarzucając Zamawiającemu, w zakresie dokonanej oceny oferty Multiconsult zaniechanie czynności odrzucenia oferty Multiconsult mimo tego, że w ocenie Odwołującego oferta była sprzeczna z treścią SIWZ i OPZ, z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu w zakresie w jakim oferowała świadczenie pracy osób zatrudnionych na umowę o pracę poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto w ocenie Odwołującego oferta Multiconsult stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący Ayesa w odwołaniu z 1 lutego 2021 r. nie podniósł zarzutów wobec oferty Multiconsult, które sformułował w odwołaniu z 24 maja 2021 r., ale obecne zarzuty nie dotyczyły okoliczności nowych, powstałych po wniesieniu przez Odwołującego odwołania z 1 lutego 2021 r. Ocena oferty Multiconsult w kryterium Doświadczenie personelu wykonawcy znana była Odwołującemu od 22 stycznia 2021 r.

Na posiedzeniu Izby 11 marca br. Odwołujący Ayesa wycofał swoje odwołanie z 1 lutego 2021 r. Wobec powyższego zarzuty zawarte w odwołaniu z 24 maja br. były spóźnione, a co za tym idzie odwołanie to powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania Zamawiający wskazał, co do zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podst. art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp:

Na podstawie tych przepisów Zamawiający wyklucza wykonawcę tylko, jeżeli do niewykonania umowy lub istotnego, nienależytego wykonania umowy doszło z winy wykonawcy. Multiconsult poinformował Zamawiającego o okoliczności rozwiązania umowy z LZMiUW i wskazał, że od umowy odstąpił z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W tej sytuacji trudno byłoby uznać, że zaistniały przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 Pzp. Zamawiający nie dostrzegł podstaw do kwestionowania informacji zawartej przez Multiconsult w JEDZ.

Multiconsult dwukrotnie wzywał LZMiUW do złożenia pełnomocnictw dla pracowników Multiconsult. w tym drugi raz - pod rygorem odstąpienia od umowy. Dwudziestojednodniowy termin na złożenie pełnomocnictw upłynął bezskuteczne, w konsekwencji Multiconsult odstąpił od umowy z LZMiUW.

Późniejsze działania LZMiUW potwierdzały że uznał on, że oświadczenie Multiconsult o odstąpieniu od Umowy wywołało wskazany w tym oświadczeniu skutek. Takim działaniem było m.in. naliczenie Multiconsult kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania od 15 października 2017 r. do dnia odstąpienia.

Pismo LZMiUW z 7 lutego 2018 r. potwierdzało, że Multiconsult nie był w zwłoce w wykonaniu zobowiązania po 15 października 2017 r., a brak pełnomocnictw od LZMiUW uniemożliwiający realizację umowy potwierdzał, że w sprawie doszło do okoliczności uzasadniających odstąpienie przez Multiconsult od Umowy z winy zamawiającego - m.in. na podstawie art. 491 Kc.

Przystępujący poinformował również Zamawiającego o ugodzie jaką zawarł Miastem Głogów w zakresie umowy na: „Opracowanie programu zagospodarowanie wód opadowych m.in. w związku ze zmianami klimatycznymi”, wskazując na okoliczności, w których doszło

do zawarcia ugody.

Wyjaśnienia przedstawione przez Multiconsult były wiarygodne i potwierdzały, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 Pzp.

27 maja 2021 r. Przystępujący w odpowiedzi na odwołanie złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania jako złożonego po terminie, a na poparcie wniosku przedstawił argumentację zbliżoną do stanowiska Zamawiającego.

W zakresie nieodrzuconych zarzutów Przystępujący wskazał:

Odwołujący pominął w swoim stanowisku dotyczące umowy na kanał Kożusznia istotne dla sprawy okoliczności:

LZMiUW w reakcji na odstąpienie od umowy przez Przystępującego nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy z Multiconsult (kontroświadczenia) ani nie zakwestionował skuteczności dokonanego przez Multiconsult odstąpienia na drodze postępowania sądowego.

Przystępujący do dnia sporządzenia pisma procesowego nie otrzymał pozwu od LZMiUW, a informację o nim powziął dopiero z odwołania. Jednak sam Odwołujący wskazał, że LZMiUW złożył pozew o zapłatę kar umownych z tytułu opóźnienia, a pozew ten został złożony dopiero w grudniu 2020 r., a zatem prawie 2 lata po złożeniu przez Multiconsult oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Skoro był to pozew o kary za opóźnienie, a nie z tytułu kar za odstąpienie lub pozew o ustalenie istnienia umowy (nieskuteczności odstąpienia przez Multiconsult od umowy), to LZMiUW będzie zobowiązany wykazać zasadność swojego roszczenia na drodze postępowania sądowego.

LZMiUW dysponował wniesioną przez Przystępującego gwarancją należytego wykonania umowy i mimo to z niej nie skorzystał. Nie składał też żadnych roszczeń o dokonanie wypłaty z gwarancji.

W świetle dokumentów i okoliczności przedstawionych przez Odwołującego bezspornym było, że LZMiUW nie przedstawił wymaganych przez Multiconsult pełnomocnictw, w odpowiedzi na wezwanie. Jak wskazał sam Odwołujący, mimo dwóch wezwań, zostały one przekazane Przystępującemu dopiero 24 stycznia 2018 r., a zatem po upływie wyznaczonego przez Multiconsult terminu.

Informacja przekazana Zamawiającemu przez Przystępującego 17 września 2020 r. była zgodna z rzeczywistością, w zakresie w jakim Multiconsult oświadczył, że to on odstąpił od umowy. Odwołujący odwołał się co prawda do pisma Multiconsult 15 listopada 2019 r., w którym Przystępujący odnosił się do wyrażonej przez LZMiUW woli dalszej realizacji umowy i zadeklarował chęć dokończenia projektu. Odwołujący pominął jednak, że „Multiconsult Polska sp. z o.o. deklaruje chęć dokończenia Projektu, jednakże z zastrzeżeniem, iż:

- a) Oświadczenie o odstąpieniu od Umowy złożone w dniu 18 stycznia 2018 r. pozostaje skuteczne;
- b) Dokończenie Projektu będzie odbywać się w sposób racjonalny i korzystny

dla społeczeństwa, co wymaga modyfikacji zarówno zakresu jak i sposobu realizacji prac”.

Okoliczność z czyjej winy nastąpiło odstąpienie miała niebagatelne znaczenie dla oceny czy w odniesieniu do Przystępującego znajdowała zastosowanie przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji czy w odniesieniu do Multiconsult znajdowała zastosowanie przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp.

Odnosząc się do umowy z Gminą Głogów, Przystępujący podkreślił, że w tym przypadku nie doszło do rozwiązania umowy ani do zasądzenia odszkodowania, jak również do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Przystępującego.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, by to po stronie Multiconsult, realizującego zadanie na rzecz Gminy Głogów w ramach konsorcjum z Conseko-Safage S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), leżały okoliczności związane z opóźnieniem w wykonaniu umowy.

Sam fakt naliczenia kary umownej za opóźnienie, nie mógł automatycznie prowadzić do wniosku, że do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Przystępującego. Jak słusznie zauważył Odwołujący, na skutek ugody zawartej pomiędzy Gminą Miejską Głogów, a konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący, każda ze stron zrezygnowała ze swoich roszczeń. Nie jest zatem tak, że tylko konsorcjum zaniechało dochodzenia pełnej kwoty wynagrodzenia, ale również druga strona, czyli Gmina Miejska Głogów zaniechała dochodzenia kar umownych.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy nPzp, zwanej dalej: nPzp.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania jako wniesionego po ustawowym terminie Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzuty odwołania dzieliły się na dwie grupy:

1. zarzuty dotyczące oceny oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert (zarzuty nr 1, 4.1 i 5.1).
2. zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego ze względu na nienależytą realizację wcześniejszych umów o zamówienie publiczne na rzecz innych zamawiających (zarzuty nr 2, 3, 4.2 i 5.2).

Kluczowe dla oceny terminowości wniesienia zarzutów było ustalenie, że Zamawiający w punkcie 9.6 SIWZ wskazał, że zgodnie z art. 24 aa Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

22 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. i BBC Best Building Consultants Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym Zamawiający zakończył ocenę ofert w ramach kryteriów, o czym również poinformował w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z informacją, w ramach kryterium doświadczenia personelu oferta Przystępującego otrzymała 14 punktów.

Na skutek uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania Multiconsult (KIO 320/21) wybór najkorzystniejszej oferty został unieważniony, a konsorcjum wykonawców BBC wykluczone z postępowania. W konsekwencji, zgodnie z art. 24 aa Pzp Zamawiający dokonał oceny wykonawcy Multiconsult w zakresie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie unieważnił wyniku oceny ofert w ramach kryteriów i nie dokonał w tym zakresie żadnych, nowych czynności.

W obliczu ustalonych wyżej faktów niewątpliwym jest, że Odwołujący uprawniony był do liczenia terminu na wniesienie odwołania w zakresie niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu od daty ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. od daty wyboru oferty Multiconsult. Z chwilą wyboru tej oferty Zamawiający potwierdził zakończenie oceny spełniania przez Multiconsult warunków udziału w postępowaniu i uznał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Dlatego też zarzuty zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp zostały wniesione z zachowaniem dziesięciodniowego terminu od upublicznienia przez Zamawiającego informacji o zakończeniu czynności oceny zdolności podmiotowej Przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Bieg terminu do wniesienia zarzutów przeciwko wynikom oceny punktowej oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert biegł jednak od daty pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. od 22 stycznia 2021 r. Jak zostało ustalone to wtedy

Zamawiający ogłosił, że zakończył ocenę wszystkich ofert w ramach kryteriów. Podkreślenia wymaga, że w odwołaniu o sygn. akt KIO 343/21 Odwołujący kwestionował ofertę Przystępującego zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Multiconsult do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w poz. 1.6 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do oferty Personel pomocniczy w sytuacji, gdy zaoferowana cena nie pokrywała kosztów wykonania czynności objętych tą pozycją, co winno zbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lub pkt 3 lub pkt 6 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Multiconsult w sytuacji, gdy oferta:
 - a) była niezgodna z Ustawą o minimalnym wynagrodzeniu oraz Rozporządzeniem w sprawie minimalnej stawki;
 - b) była sprzeczna z treścią pkt. 15.3 IDW w zw. z § 13 ust. 4 i 5 WU w zw. z pkt 2.1 OPZ;
 - c) stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie w jakim Multiconsult zaoferował świadczenie objęte pkt 1.6 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do oferty poniżej kosztów świadczenia;
 - d) zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, że Odwołujący podjął próbę merytorycznej polemiki z Zamawiającym, co do prawidłowości treści oferty Przystępującego z SIWZ i Pzp. Przeczy to twierdzeniu Odwołującego, który składając pismo procesowe dotyczące wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że na etapie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty nie byłby w stanie wykazać interesu do wniesienia odwołania przeciw ofercie Multiconsult.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że 22 stycznia 2021 r. Zamawiający zakończył ocenę ofert w ramach kryteriów ich oceny i od tej daty biegł termin do wniesienia odwołania od wyników oceny. W konsekwencji Izba odrzuciła jako wniesione po terminie wszystkie zarzuty odwołania dotyczące oceny oferty Przystępującego i punktacji przyznanej tej ofercie, tj. zarzuty nr 1, 4.1 i 5.1.

W pozostałym zakresie Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 8.2 SIWZ „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę (...):

- 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (...);
- 4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Biorąc pod uwagę, że przytoczone postanowienia SIWZ są tożsame z treścią art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp nie budzi wątpliwości, że Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie tych dwóch, fakultatywnych przesłanek.

Przystępujący w treści JEDZ udzielił przeczącej odpowiedzi na pytania:

1. Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?
2. 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?

Przystępujący wraz z ofertą złożył również następujące wyjaśnienie:

„Multiconsult Polska Sp. z o.o. informuje, iż na początku 2018 roku odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, będącego stroną tejże umowy (...). Wyjaśniamy i podkreślamy jednocześnie, iż w ocenie Multiconsult Polska Sp. z o.o. nie zachodzą wobec nas wskazane wyżej podstawy wykluczenia. Niemniej, z uwagi na obligatoryjne podstawy wykluczenia z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a także istniejący pomiędzy tamtym zamawiającym a nami spór w ww. sprawie, przekazujemy ww. informację z ostrożności, nie chcąc, by na tle oświadczenia zawartego w JEDZ o niepodleganiu wykluczeniu, zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości co do ewentualnego przekazania informacji wprowadzających Zamawiającego, tj. GDDKiA w błąd”.

7 września 2020 r. Przystępujący z własnej inicjatywy skierował do Zamawiającego dodatkowe wyjaśnienia dotyczące m. in. umowy na zadanie dotyczące Kanału Kożuszna oraz umowy z Gminą Głogów. W wyjaśnieniu Przystępujący wskazał m. in.:

1. Kanał Kożuszna

Zakres prac Multiconsult obejmował wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej, dokumentacji technicznej oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę. W ramach realizacji przedmiotu umowy obowiązkiem Multiconsult było występowanie w imieniu LZMiUW przed szeregiem organów i instytucji państwowych i samorządowych, a także reprezentowanie LZMiUW w kontaktach z osobami prawnymi (właścicielami działek położonych w obrębie inwestycji). Celem realizacji ww. zadań LZMiUW udzielił pracownikom Multiconsult pełnomocnictw do „występowania w imieniu Województwa Lubuskiego - Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych jako inwestora, we wszystkich sprawach dotyczących uzgodnienia spraw formalno-prawnych związanych z opracowaniem dokumentacji technicznej w tym również do wystąpienia o decyzję pozwolenia na budowę dla zadania inwestycyjnego pn. Odbudowa Rzeki Kożuszna w km 0+000 – 14+600”. Pełnomocnictwa powyższe zostały udzielone 8 marca 2017 r. na czas określony do 15 października 2017 r. i z upływem tego dnia wygasły. Brak stosownych pełnomocnictw czynił niemożliwym wykonywanie przez Multiconsult obowiązków umownych, a w konsekwencji zakończenie realizacji przedmiotu umowy przez Multiconsult.

11 listopada 2017 r. Przystępujący zwrócił się do LZMiUW o udzielenie nowych pełnomocnictw, aby móc wykonywać zobowiązania wynikające z umowy, w tym występować w postępowaniach administracyjnych oraz kontaktować się z właścicielami działek, na których ma być realizowana inwestycja, dla której dokumentację miał sporządzić Przystępujący.

Wobec braku odpowiedzi ze strony LZMiUW, Multiconsult ponownie pismem z 21 grudnia 2017 r. wezwał LZMiUW do dostarczenia stosownych pełnomocnictw, odpowiadających pod względem treści i zakresu dotychczas udzielonym im pełnomocnictwom w terminie 21 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem odstąpienia od umowy.

Wobec bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego na udzielenie i doręczenie przedmiotowych pełnomocnictw oraz wobec faktu, że ich nieudzielenie i niedoręczenie uniemożliwiało Przystępującemu realizację umowy, odstąpił on od umowy 18 stycznia 2018 r.

2. Umowa z Gminą Głogów

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum, w którego skład wchodziła spółka Conseko - Safege S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) oraz Multiconsult (partner konsorcjum), 14 września 2016 r. zawarło z zamawiającymi:

1. Gminą Miejską Głogów,
2. Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w Głogowie sp. z o.o.

umowę nr UM/649/WIiD/1528/2016 na opracowanie programu zagospodarowania wód opadowych dla miasta Głogowa w ramach zadania „Opracowania programu zagospodarowania wód opadowych m.in. w związku ze zmianami klimatycznymi”.

W toku realizacji umowy pojawiły się okoliczności zewnętrzne dla stron, uniemożliwiające wykonanie całego przedmiotu umowy w pierwotnie ustalonym terminie, w tym w szczególności związane z: wydłużonym czasem pozyskiwania materiałów niezbędnych do realizacji opracowania, procedurą zmiany przepisów (w tym prawa wodnego) oraz koniecznością dostosowania opracowania do ich znowelizowanego brzmienia. Z uwagi na wspomniane powyżej okoliczności, każdorazowo na wniosek konsorcjum Wykonawcy, Strony kilkakrotnie, zawierając aneksy do umowy, wydłużały termin realizacji umowy przez konsorcjum. Ostatecznie strony uzgodniły na mocy aneksu nr 4/2017 z 29 grudnia 2017 r. do umowy, że termin przekazania kompletnego przedmiotu umowy nastąpi do 30 kwietnia 2018 r. Ten termin również okazał się niemożliwy do dotrzymania, jednak głównie z przyczyn zależnych od lidera konsorcjum - spółki Conseko - Safege S.A., który odpowiadał za opracowanie modelu matematycznego sieci. Mimo to konsorcjum została naliczona kara umowną za opóźnienie w łącznej kwocie 1 368 903,90 zł. Konsorcjum zakwestionowało ww. karę.

Spór został zakończony 7 listopada 2019 r. w drodze ugody zawartej przed Sądem Rejonowym w Głogowie. Na mocy ugody zamawiający zobowiązał się zapłacić konsorcjum kwotę 92 250,00 zł brutto, z tytułu wynagrodzenia należnego za wykonanie przez konsorcjum elementów opracowania dotychczas nieodebranych przez zamawiającego. Kwota powyższa wyczerpała wzajemne roszczenia stron.

21 kwietnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Do czasu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu Zamawiający nie podjął żadnej czynności zmierzającej do uzyskania dodatkowych wyjaśnień od Multiconsult w zakresie obu ww. niezrealizowanych w pełni zadań.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że nie było podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga że, by mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie któregokolwiek z ww. przepisów, przesłanki w nich określone muszą zostać wypełnione kumulatywnie. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie podjął realnej próby wykazania, że wobec Przystępującego zaistniały podstawy do

wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Literalna wykładnia przytoczonego przepisu prowadzi do wniosku, że elementem niezbędnym do zastosowania sankcji w postaci wykluczenia z postępowania jest wykazanie, że uczciwość wykonawcy została podważona. Okoliczności tej Odwołujący, zdaniem Izby, nie próbował udowodnić.

W zakresie zadania dotyczącego kanału Kozusznia w ocenie Izby nie budzą wątpliwości następujące okoliczności:

1. Przystępujący dwukrotnie i bezskutecznie wzywał LZMiUW do wystawienia nowych pełnomocnictw niezbędnych do realizacji umowy na rzecz tego podmiotu, przy czym drugie wezwanie zawierało jasną informację o woli odstąpienia od umowy przez Przystępującego w przypadku niespełnienia żądania przez LZMiUW,
2. Skuteczność odstąpienia od umowy z LZMiUW nie została w żaden sposób podważona,
3. Przystępujący mimo woli polubownego rozwiązania sporu z LZMiUW konsekwentnie stał na stanowisku, że odstąpienie od umowy było skuteczne,
4. LZMiUW dążył do skłonienia Przystępującego do kontynuacji realizacji zadania po oświadczeniu o odstąpieniu od umowy.

Powyższe świadczy, że do rozwiązania umowy z LZMiUW doszło ze względu na okoliczności, które nie leżały wyłącznie po stronie Przystępującego. Bezczynność LZMiUW wobec wezwania do wystawienia nowych pełnomocnictw była bezpośrednią przyczyną przedwczesnego zakończenia realizacji umowy. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania za słuszne (niepopartego żadnymi dowodami) twierdzenia Odwołującego, że ww. wezwanie było czynnością pozorną Przystępującego służącą uzyskaniu pretekstu do odstąpienia od umowy.

Odwołujący nie wykazał, że umowa z LZMiUW była przez Przystępującego realizowana w sposób nienależyty. Argumentacja Odwołującego opierała się na zdarzeniach, które zaistniały od momentu odstąpienia przez Przystępującego od umowy z LZMiUW. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, by Przystępujący realizował umowę w sposób nienależyty. Informacje o zawinionym przez Przystępującego opóźnieniu w realizacji umowy pochodzą wyłącznie z korespondencji LZMiUW z Przystępującym po odstąpieniu od umowy. Odwołujący nie wykazał, by na wcześniejszym etapie LZMiUW w jakikolwiek sposób

sygnalizował, że Przystępujący realizuje umowę w sposób niewłaściwy czy opieszale. W konsekwencji spór między stronami sprowadzał się do oceny skutku w postaci przedterminowego zakończenia umowy, a nie przyczyn, które do tego zdarzenia doprowadziły.

Na podstawie dowodów złożonych przez Odwołującego Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania, że za niezrealizowanie umowy na kanał Kozuszną odpowiada Przystępujący. Dowody Odwołującego mające tę odpowiedzialność wykazywać pochodziły od LZMiUW i z okresu, gdy strony umowy znalazły się w sporze, co za tym idzie nie można było uznać ich za źródło informacji o charakterze obiektywnym.

W zakresie umowy z Gminą Głogów najistotniejszą okolicznością jest fakt, że gmina i konsorcjum w skład którego wchodził Przystępujący zawarli ugodę przed sądem, która wyczerpała wzajemne roszczenia stron. Walorem takiego rodzaju ugody jest kontrola jej legalności dokonana przez sąd. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania jej skuteczności. Z dowodu złożonego przez Odwołującego (Zarządzenie nr 40/2020 Prezydenta Miasta Głogowa z 26 marca 2020 r. w sprawie przyjęcia sprawozdania opisowego Gminy Miejskiej Głogów za 2019 r.) wynika, że umowa została zrealizowana tylko w pewnej części, ale okoliczności tej Przystępujący nie zaprzeczał. Ponadto wyjaśnienie Przystępującego z 7 września 2020 r. skierowane do Zamawiającego zawierało informacje dotyczące przyczyn niezrealizowania umowy. Odwołujący nie wykazał, by wyjaśnienie Przystępującego było w tej mierze nieprawdziwe.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący nie udowodnił, by do zakończenia przed terminem obu ww. umów doszło z przyczyn leżących po stronie Przystępującego. Odwołujący nie wykazał też, by Przystępującemu w ogóle można było przypisać winę za nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji wyżej opisanych ustaleń Izba uznała, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp nie potwierdziły się.

Izba uznała również, że nie potwierdziły się zarzuty zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Swoje stanowisko w zakresie ww. zarzutów Odwołujący opierał na twierdzeniu, że obowiązkiem Przystępującego było zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „tak” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie w treści JEDZ wszystkich przypadków rozwiązania umów ze stroną publiczną, a nie tylko tych umów, gdzie przesłanka wykluczenia w ocenie wykonawcy była bezsporna. Tylko taki sposób zaprezentowania informacji dotyczących rozwiązania umów daje zdaniem Odwołującego możliwość pełnego zbadania przez zamawiającego przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Ponieważ Przystępujący na powyższe pytanie w treści JEDZ odpowiedział „nie”, to w ocenie Odwołującego wprowadził Zamawiającego w błąd zatajając okoliczności, które powinny zostać poddane ocenie Zamawiającego.

W ocenie Izby wobec ustalonego stanu faktycznego sprawy stanowisko Odwołującego jest nietrafne. O ile w przypadku umowy dotyczącej kanału Kożusznia między jej stronami zaistniał spór, to wyjaśnienia złożone z inicjatywy Przystępującego wraz z ofertą oraz pismem z 7 września 2020 r. w sposób należyty przedstawiały podstawowe okoliczności, które doprowadziły do skutecznego odstąpienia przez Przystępującego od umowy. Przystępujący opisał również w podstawowym stopniu fakty związane z zawarciem ugody z Gminą Głogów, która zakończyła realizację umowy na rzecz tego zamawiającego. Informacje przedstawione Zamawiającemu przez Przystępującego nie były nieprawdziwe ani nie wprowadzały w błąd. Co za tym idzie nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Taka czynność byłaby uzasadniona, gdyby

doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (pkt 16) albo Przystępujący przedstawiłby informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (pkt 17).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:
 - a) SIWZ,
 - b) oferty Przystępującego Multiconsult,
 - c) wyjaśnień Multiconsult złożonych wraz z ofertą oraz złożonych z własnej inicjatywy Przystępującego 7 września 2020 r.,
2. dokumentów złożonych przez strony i Przystępującego Multiconsult wraz z pismami procesowymi oraz w toku rozprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....