

WYROK
z dnia 4 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ROVERPOL sp. z o.o. w Warszawie** oraz **ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A., Walencja, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szczecińskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ROVERPOL sp. z o.o. w Warszawie** oraz **ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A., Walencja, Hiszpania** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ROVERPOL sp. z o.o. w Warszawie** i **ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A., Walencja, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ROVERPOL sp. z o.o. w Warszawie** i **ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A., Walencja, Hiszpania** na rzecz **Szczecińskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Szczecinie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szczecińskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Szczecinie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest rewitalizacja obszaru przestrzeni publicznej i zabudowy śródmiejskiej w rejonie Alei Wojska Polskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 listopada 2020 r., nr 2020/S 230- 565792.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 9 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ROVERPOL sp. z o.o. w Warszawie oraz ROVER INFRASTRUCTURAS S.A., Walencja, Hiszpania, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MTM 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, odnośnie podmiotu trzeciego – Pracownia Projektowa M. K., polegające na udzieleniu przez ten podmiot przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?”, gdy tymczasem podmiot ten nienależycie wykonał zamówienie publiczne realizowane w ramach umowy „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnnej w Szczecinie”;
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MTM z postępowania, pomimo że wykonawca ten korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, który naruszył obowiązki zawodowe, bowiem, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, nienależycie wykonał zamówienie publiczne realizowane w ramach umowy „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnnej w Szczecinie”, co podważa jego uczciwość i co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

[ewentualnie; tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do automatycznego wykluczenia wykonawcy MTM z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp lub art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp];

- 3) art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MTM do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez podmiot trzeci środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy w kontekście okoliczności związanych z realizacją umowy „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnniej w Szczecinie”;
- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy MTM do zastąpienia podmiotu trzeciego Pracownia Projektowa M. K. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia;
[a w konsekwencji powyższego];
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty MTM;
- b) wykluczenia wykonawcy MTM z postępowania;
[ewentualnie];
- c) wezwania MTM do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez podmiot trzeci środki są wystarczające do wykazania rzetelności w kontekście okoliczności związanych z realizacją umowy „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnniej w Szczecinie”;
[ewentualnie];
- d) wezwania MTM do zastąpienia podmiotu trzeciego Pracownia Projektowa M. K. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia;
- e) przeprowadzenie ponownej oceny ofert (bez udziału oferty MTM).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu MTM posłużył się m. in. potencjałem podmiotu trzeciego - Pracownia Projektowa M. K. („Podmiot trzeci PPMK”). Wraz z ofertą złożony został m. in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia Podmiotu trzeciego PPMK.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) zdecydował się badać przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zgodnie z którą *„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". Odwołujący podniósł, że z przesłanką, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp skorelowane jest następujące pytanie JEDZ: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?”. Na pytanie to podmiot trzeci PPMK odpowiedział przecząco.

Odwołujący argumentował, że przedstawiona przez Podmiot trzeci PPMK informacja ma charakter informacji obiektywnie nieprawdziwej. Podmiot ten bowiem dopuścił się swoim zachowaniem poważnego wykroczenia zawodowego. Podmiot trzeci PPMK realizował umowę z 6 lutego 2017 r. pn. „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnniej w Szczecinie” („Umowa”).

Zdaniem odwołującego Umowa nie została wykonana należycie. Jej realizacja opóźniła się bowiem o wiele miesięcy, za co odpowiadał właśnie Podmiot trzeci PPMK. Zdaniem odwołującego, dowodem na zawinienie Podmiotu trzeciego PPMK i doprowadzenie do nienależytego wykonania zamówienia jest treść ugody, która 18 lutego 2020 r. została zawarta pomiędzy Podmiotem trzecim PPMK a zamawiającym (Miasto Szczecin). Jak wynika z treści tej ugody:

- a) opóźnienie w wykonaniu umowy wynosiło aż 301 dni:
- b) z tego tytułu naliczona została kara umowna:
- c) Podmiot trzeci PPMK zobowiązał się do zapłaty (zmiarkowanej) kary umownej tytułem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy:
- d) strony oświadczyły, że zapłata przez Podmiot trzeci PPMK kary umownej wyczerpuje wszelkie roszczenia obu stron związane z Umową.

Zdaniem odwołującego, treść ugody z dnia 18 lutego 2020 roku („Uгода”) stanowi potwierdzenie, że podmiot trzeci PPMK przy realizacji Umowy dopuścił się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych (wykroczenia zawodowego). Odwołujący wskazał, że w Ugodzie podmiot trzeci PPMK jednoznacznie, bezpośrednio i w całości przyznał bowiem zasadność i skuteczność naliczenia kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy, zobowiązał się do zapłaty (zmiarkowanej) kary umownej. Wobec tego treść Ugody, w szczególności objęte nią wzajemne oświadczenia Stron, potwierdzają, że niewykonanie przedmiotu Umowy w terminie nastąpiło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Podmiotu trzeciego PPMK.

Odwołujący wskazał, że po pierwsze, Podmiot trzeci PPMK przyznał w Ugodzie, że dopuścił się opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy. W treści ugody z dnia 18 lutego 2020 roku Strony zgodnie ustaliły, że:

- (a) przy realizacji przedmiotu Umowy doszło do opóźnienia Podmiotu trzeciego PPMK w zakresie wykonania przedmiotu Umowy (dokumentacji projektowej);

- (b) Zamawiający (Gmina Miasto Szczecin), w związku z opóźnieniem Podmiotu trzeciego PPMK w przekazaniu przedmiotu Umowy, działając na podstawie § 15 ust. 1 pkt. 4 Umowy, skutecznie naliczył karę umowną;
- (c) Podmiot trzeci PPMK przyznał zasadność naliczenia kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy zobowiązując się do zapłaty (zmiarkowanej) kary umownej.

Zdaniem odwołującego, wymiar naruszenia, jakiego dopuścił się Podmiot trzeci PPMK – przekazanie dokumentacji z 301- dniowym opóźnieniem w stosunku do terminu umownego po terminie jednoznacznie stanowiło rażące naruszenie zobowiązania umownego.

Odwołujący wskazał, że po drugie, w Umowie dokonano rozszerzenia odpowiedzialności Podmiotu trzeciego PPMK za terminowe zrealizowanie przedmiotu Umowy. Na podstawie Umowy w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej Podmiot trzeci PPMK odpowiadał nawet za opóźnienie. I tak, zgodnie z § 15 ust. 1 pkt. 4 Umowy: *„Projektant zapłaci Zamawiającemu kary umowne za: [...] za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w wysokości 1000 zł za każdy dzień opóźnienia”*. Według odwołującego, powyższe stanowiło umowną modyfikację odpowiedzialności umownej dopuszczalną w polskim prawie na zasadzie swobody kontraktowania polegające na rozszerzeniu odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnie od tego, czy dłużnik ponosiłby odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Podmiot trzeci PPMK przyjął na siebie odpowiedzialność za realizację przedmiotu Umowy w terminie (w zakresie wykonania dokumentacji projektowej) niezależnie od tego, czy ewentualna nieterminowa realizacja przedmiotu Umowy wynikałaby z jego winy. W tym zakresie zagwarantował on zamawiającemu, że – niezależnie od okoliczności – dotrzyma terminu realizacji przedmiotu Umowy. Podmiot trzeci PPMK, profesjonalista funkcjonujący na rynku od lat, zawierając Umowę, dokonał oceny sytuacji i przyjął rozszerzoną odpowiedzialność. fakt dopuszczenia się przez Podmiot trzeci PPMK opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy był jednoznaczny z naruszeniem przez Podmiot trzeci PPMK obowiązków zawodowych (wykroczeniem zawodowym).

Według odwołującego, nawet przy przyjęciu, że Strony nie dokonały w Umowie modyfikacji odpowiedzialności (por. § 15 ust. 1 pkt. 4 Umowy), wobec treści Ugody należałoby przyjąć, że:

- (a) Podmiot trzeci PPMK przyjął na siebie – niejako następczo – odpowiedzialność za opóźnienie w realizacji przedmiotu Umowy w terminie;
- alternatywnie

(b) Podmiot trzeci PPMK podzielił stanowisko Zamawiającego (Gminy Miasta Szczecin), że na zasadzie winy ponosi odpowiedzialność za brak realizacji przedmiotu Umowy w terminie, a w konsekwencji Ugoda potwierdza, że niewykonanie przedmiotu Umowy w terminie nastąpiło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Podmiotu trzeciego PPMK.

Według odwołującego, Podmiot trzeci PPMK miał obowiązek notyfikowania w formularzu JEDZ okoliczności dopuszczenia się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych (wykroczenia zawodowego) przy wykonywaniu Umowy. Niezależnie bowiem od ostatecznie przyjętej drogi interpretacji Ugody (dokonanej przy uwzględnieniu postanowień Umowy) jej treść, w szczególności objęte nią wzajemne oświadczenia Stron potwierdzają, że niewykonanie przedmiotu Umowy w terminie nastąpiło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Podmiotu trzeciego PPMK.

Zdaniem odwołującego, sytuacja, w której wykonawcy naliczone zostały kary umowne traktowana jest jako okoliczność, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zdaniem odwołującego, „poważne wykroczenie zawodowe”, o którym mowa w przywołanym przepisie i pytaniu JEDZ, winno być rozumiane szeroko. Zostało to podkreślone w Instrukcji wypełnienia JEDZ.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę, że:

- a) Umowa została wykonana nienależycie;
- b) Podmiot trzeci PPMK dopuścił się w sposób zawiniony poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (co zostało przyznane w treści zawartej ugody), Podmiot trzeci PPMK powinien przyznać się w treści JEDZ do zaistniałej sytuacji, a zatem odpowiedź na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” powinna brzmieć „TAK”. Poprzez udzielenie odpowiedzi przeczącej, doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący podkreślił także, że informacje, które potwierdzają naruszenie przez Podmiot trzeci PPMK obowiązków zawodowych w świetle art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp znaleźć można w sieci.

Zdaniem odwołującego, brak zawarcia informacji o dopuszczeniu się poważnego wykroczenia zawodowego jest jednoznaczny z wprowadzeniem w błąd zamawiającego. Według odwołującego, z taką właśnie klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Podmiot trzeci PPMK oświadczył, że nie dopuścił się wykroczenia zawodowego. Informacja ta okazała się nieprawdziwa, co powinno skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia MTM z Postępowania.

Odwołujący wywiódł, że 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). 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.

Odwołujący argumentował, że podmiot trzeci PPMK nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na podmiocie trzecim czy wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Powinien bowiem 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 tego podmiotu (i wykonawcy, który korzysta z jego zasobów).

Zdaniem odwołującego, zatajenie tych informacji nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny podmiot nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to wykonawcy należy przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Według odwołującego, niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność. Według odwołującego, efekt wprowadzenia w błąd zaistniał, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty MTM. Zdaniem odwołującego, bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy jest to, że wskazana powyżej nieprawdziwa informacja dotyczy podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się MTM. Względem podmiotów trzecich bada się analogicznie jako dla wykonawców podstawy wykluczenia. Według odwołującego, okolicznością pozbawioną znaczenia jest również to, że zarówno w przypadku Umowy, jak i Postępowania mamy do czynienia z tym samym zamawiającym (Gmina Miasto Szczecin). Zdaniem odwołującego, bez znaczenia jest do którego zamawiającego skierowane zostały tego typu informacje. Nawiasem mówiąc, koncepcja ta stanowiłaby swoiste przyzwolenie na posługiwanie się informacjami nieprawdziwymi (wykonawca mógłby dowolnie przekazywać informacje nieprawdziwe, o ile tylko kierowane są one do zamawiającego, który był stroną historyczną, mającej znaczenie dla spraw, umowy). Wreszcie, oznaczałoby to rażąco nierówne traktowanie wykonawców. Otóż, spośród dwóch wykonawców, którzy znajdują się w identycznej sytuacji (np. doprowadzili swoim działaniem do nienależytego wykonania zamówienia) jeden musiałby ten fakt notyfikować (ten, który dopuścił się tego w relacji z innym zamawiającym), a drugi nie.

Według odwołującego, 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. 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).

Zdaniem odwołującego, nie ma również możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp czy art. 22a ust. 6 Pzp. Ze względu na fakt, że oświadczenie Podmiotu trzeciego PPMK dotyczące historii kontraktowej tego podmiotu jest niezgodne z rzeczywistością, wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej. Doszło bowiem do wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do podstaw wykluczenia, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu.

Według odwołującego, zarzut dotyczący niezastosowania procedury samooczyszczenia oraz procedury uzupełniającej ma charakter ewentualny i procedury te winny mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdyby Izba uznała, że MTM nie podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

Zdaniem odwołującego, doszło także do naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że realizacja przez Podmiot trzeci PPMK Umowy wskazuje na ziszczenie się wszystkich przesłanek tego przepisu, tj.:

a) na skutek zamierzonego działania / rażącego niedbalstwa doszło do niewykonania umowy w terminie;

b) stanowi to zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych;

c) Zamawiający jest w stanie wykazać ww. okoliczność;

co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy MTM z Postępowania z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, właśnie w odniesieniu do Podmiotu trzeciego PPMK.

Według odwołującego, na skutek zamierzonego działania / rażącego niedbalstwa Podmiotu trzeciego PPMK doszło do niewykonania w terminie przedmiotu Umowy. Pomimo przyjęcia przez Podmiot trzeci PPMK rozszerzonej odpowiedzialności za terminowe wykonanie przedmiotu Umowy nie tylko obiektywnie nie wywiązał się ze zobowiązania umownego, ale także dopuścił się przy tym zamierzonego działania / rażącego niedbalstwa.

Po drugie, niewykonanie w terminie przedmiotu Umowy przez Podmiot trzeci PPMK stanowiło zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Odwołujący argumentował, że opisana sytuacja to nie tylko celowe działanie wykonawcy, ale również sytuacja, w której wykonawca nie ma bezpośredniego zamiaru

niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia lecz ma świadomość, że podejmowane przez niego czynności mogą do takiego skutku doprowadzić. Rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę:

(a) wymiar opóźnienia w wykonaniu przedmiotu Umowy – 301 dni w stosunku do umówionego terminu; a przy tym

(b) fakt przyjęcia przez Podmiot trzeci PPMK rozszerzonej odpowiedzialności za terminowe wykonanie przedmiotu Umowy.

niewykonanie w terminie przedmiotu Umowy przez Podmiot trzeci PPMK stanowiło zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Po trzecie, Zamawiający był stroną Umowy z Podmiotem trzecim PPMK, a zatem był (i nadal jest) w stanie wykazać okoliczność dopuszczenia się przez Podmiot trzeci PPMK zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Odwołujący wskazał ponadto, że od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia upłynęło mniej niż 3 lata.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. w Gdyni, zwany dalej również przystępującym. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 30 marca 2021 r., załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 24 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.*

Art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp 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*.

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że *Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu*

postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub*
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.*

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia

skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 9 kwietnia 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rewitalizacja obszaru przestrzeni publicznej i zabudowy śródmiejskiej w rejonie Alei Wojska Polskiego.

Ustalono, że w rozdziale V SIWZ zamawiający wskazał, że:

1. O udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, w okolicznościach, o których mowa w:
 - 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 Ustawy;
 - 2) art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 Ustawy; wykluczeniu na tej podstawie podlega wykonawca:
 - a) (...)
 - b) 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.

3. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia:

- 1) W celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, z powodów określonych w pkt 1 oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 2, wykonawca dołącza do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie złożone na formularzu jednolitego europejskiego zamówienia (dalej: „JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. nr 3, s 16. Treść JEDZ określona została w załączniku nr 7 do siwz, jednakże z uwagi na konieczność podania w treści JEDZ znaczącej ilości informacji Zamawiający zaleca skorzystanie z edytowalnej wersji tego dokumentu zamieszczonej na stronie <http://espd.uzp.gov.pl> pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

(...)

- 3) Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także JEDZ-e

dotyczące tych podmiotów.

4. Potencjał podmiotu trzeciego:

1) Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

(...)

4) Jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach, o których mowa w ppkt 1, zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia na wezwanie o którym mowa w pkt 5, w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w Rozdziale V pkt 5 ppkt 1 siwz.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego swoją ofertę złożył m.in. przystępujący.

Ustalono także, w pkt 11 swego formularza oferty przystępujący oświadczył, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, będzie polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach Pracowni Projektowej M. K., Gryfino.

Do swej oferty przystępujący załączył zobowiązanie Pracowni Projektowej M. K., Gryfino do oddania przystępującemu na podstawie art. 22a ustawy Pzp nw. na potrzeby wykonania zamówienia zasobów wiedzy i doświadczenie oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Do oferty przystępujący załączył także Jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) dla podmiotu *Pracownia Projektowa M. K., Gryfino*. W dokumencie tym w części III (podstawy wykluczenia), pkt C, str. 12, na pytanie: *„Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia”* ww. podmiot udzielił odpowiedzi: *„NIE”*.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 30 marca 2021 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (por. zawiadomienie o wyborze oferty, w aktach sprawy).

W oparciu o załączoną do odwołania umowę o wykonanie dokumentacji projektowej nr C.R.U./17/000559 z dnia 6 lutego 2017 r. ustalono, że w dacie tej została zawarta umowa między Gminą Miasto Szczecin z Pracownią Projektową M. K., Gryfino. Jak wynikało z § 1 ust. 1 tej umowy, jej przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowej wraz z

uzyskaniem wszelkich uzgodnień, opinii, sprawdzeń, decyzji, pozwoleń i zatwierdzeń wymaganych obowiązującymi przepisami wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania „Budowa trasy rowerowej na odcinku od ul. Dąbskiej do ul. Gościnniej w Szczecinie” wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Jak wynikało z § 9 ust. 1 pkt 1 ww. umowy strony ustaliły termin na wykonanie dokumentacji projektowej jako 130 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy. Zgodnie z §10 ust. 1 ww. umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły na poziomie 228.780,00 zł brutto. Ustalono również, że w § 15 ust. 1 pkt 4 ww. umowy, jej strony przewidziały, iż projektant zapłaci zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej w wysokości 1000 zł za każdy dzień opóźnienia.

Jak wynikało ze str. 6 programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu w wyniku którego podpisano umowę z 6 lutego 2017 r. zamawiający określił szerokość pobocza pieszo-rowerowego wynoszącą 0,75 metra (dowód: PFU- dowód nr 12 złożony przez przystępującego na rozprawie).

W oparciu o aneksy nr 1-5 do ww. umowy załączone do odpowiedzi do odwołania ustalono, że strony umowy przedłużyły termin wykonania dokumentacji projektowej, o którym mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. umowy, do dnia 20 sierpnia 2018 r.

Ustalono, że 29 czerwca 2018 r. strony ww. umowy podpisały protokół przekazania dokumentacji. W protokole tym strony zgodnie oświadczyły, że *przedmiot umowy został wykonany zgodnie z umową, obowiązującymi normami, przepisami i zasadami sztuki projektowej oraz jest kompletny i spójny oraz stanowi podstawę do ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt dla etapów I, II, III, IV oraz VI uzyskał formalną zgodę na realizację inwestycji. Dla etapu V, zgodnie z informacjami przekazanymi w piśmie W/067/mk/06/2018 z dnia 29.06.2018 r. zgoda na realizację inwestycji zostanie przekazana po uzyskaniu prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane.*

Po uzyskaniu prawa do dysponowania gruntem, 20 lipca 2018 r. podmiot trzeci PPMK w imieniu inwestora zgłosił organowi budowlanemu - Prezydentowi Miasta Szczecina - zamiar przystąpienia do wykonywania robót budowlanych (por. zgłoszenie z 20 lipca 2018 r., załącznik do odpowiedzi na odwołanie, dowód złożony przez przystępującego na rozprawie).

Następnie ustalono, że postanowieniem z dnia 31 lipca 2018 r. organ nałożył na inwestora obowiązek jednoznacznego określenia zamiaru inwestycyjnego (budowa trasy rowerowej, remont drogi) oraz wykazania zgodności planowanej inwestycji z obowiązującym planem zagospodarowania przestrzennego (por. załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r. w wykonaniu postanowienia projektant złożył wyjaśnienia. Ustalono ponadto, że ww. organ wydał 29 sierpnia 2018 r.

decyzję o zgłoszeniu sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych z dnia 20 lipca 2018 r. Powodem zgłoszenia sprzeciwu było zaprojektowanie szerszego ciągu pieszo-rowerowego, co miało pozostawać w sprzeczności z planem zagospodarowania terenu (por. wyjaśnienia i decyzja o zgłoszeniu sprzeciwu, załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Ustalono także, że w kolejnym zgłoszeniu robót budowlanych z 09.11.2018 r. projektant nie uwzględnił już pobocza, o którym mowa już w PFU (dowód: zgłoszenie z 9.11.2018 r. złożone na rozprawie przez przystępującego wraz z załączonym rysunkiem). Ustalono również, że organ budowlany nie wniósł w ustawowym terminie sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych.

Ustalono ponadto, że po 30 listopada 2018 r. projektant na osobę inwestora dokonywał jeszcze poprawek i uzupełnień w związku z uwagami zgłaszanymi przez inwestora do części opisowej w zakresie nie związanym z błędami projektowymi, a koniecznością wprowadzenia poprawek redakcyjnych. Na prośbę zamawiającego dokonał też korekty dokumentacji w zakresie uwag otrzymanych na etapie przygotowywania wniosku o dofinansowanie i dokonał aktualizacji kosztorysu inwestorskiego (dowód: notatka kierownika referatu R. M., załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

W oparciu o załączoną do odwołania ugodę z 18 lutego 2020 r. zawartą między Gminą Miasto Szczecin z Pracownią Projektową M. K., Gryfino ustalono, że w tym dniu została zawarta ww. ugoda. W preambule ugody wskazano m.in.:

2. Projektant przekazał zamawiającemu wykonany przedmiot umowy w dniu 17 czerwca 2019 r., a więc 301 dni po terminie wykonania umowy, który to termin upływał w dniu 20 sierpnia 2018 r. (ustalony aneksem do umowy nr 5 z dnia 29 czerwca 2018 r.),

3. Zamawiający dokonał naliczenia projektantowi kary umownej w wysokości 301.000,00 zł w związku z opóźnieniem w przekazaniu przedmiotu umowy na podstawie § 15 ust. 1 pkt 4 umowy,

4. projektant w toku wymiany korespondencji zakwestionował swoją odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy i wysokość naliczonych przez Zamawiającego kar umownych z tego tytułu,

Ustalono, że w treści ugody strony postanowiły, że projektant zobowiązuje się do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty 22.878,00 zł tytułem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Kwota ta wyczerpuje w całości roszczenia zamawiającego z tytułu opóźnienia projektanta w wykonaniu przedmiotu umowy. Strony ugody postanowiły także, że kwota ta zostanie potrącona z wynagrodzenia projektanta wynikającego z umowy, a różnica zostanie zapłacona przez zamawiającego terminie 14 dni od podpisania ugody. Projektant zrzekł się odsetek za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu w uzasadnieniu zarzutu naruszania art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, że podmiot trzeci - Pracownia Projektowa M. K., Gryfino (PPMK) - na którego zasobach polegał przystępujący celem wykazania warunków, miał dopuścić się zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych podczas realizacji umowy o wykonanie dokumentacji projektowej nr C.R.U./17/000559 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Gminą Miasto Szczecin. Zdaniem odwołującego na fakt poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wskazywały:

(a) wymiar opóźnienia w wykonaniu przedmiotu ww. umowy – 301 dni w stosunku do umówionego terminu; a przy tym

(b) fakt przyjęcia przez podmiot trzeci PPMK rozszerzonej odpowiedzialności za terminowe wykonanie przedmiotu ww. umowy.

Zdaniem Izby okoliczności, jakie zostały wykazane przez odwołującego okazały się niewystarczające aby przypisać podmiotowi PPMK popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie było sporne między stronami, że istotnie doszło do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu spornej umowy, w wyniku czego naliczono podmiotowi PPMK kary umowne. Jednakże odwołujący nie wykazał, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na ustalenie, że podmiot trzeci ponosił jakąkolwiek winę za niedotrzymanie terminu realizacji umowy.

Nie było sporne między stronami, że ostatecznie umowny termin wykonania dokumentacji projektowej upływał 20 sierpnia 2018 r. (aneks nr 5 do umowy, załącznik do odpowiedzi na odwołanie). Uszło jednak uwadze odwołującego, że już w umówionym terminie znacząca część zamówionej dokumentacji została wykonana, przekazana inwestorowi i przez niego odebrana bez żadnych uwag. 29 czerwca 2018 r. strony podpisały protokół przekazania dokumentacji projektowej. Z protokołu tego jednoznacznie wynikało, że w dacie tej inwestor odebrał kompletną dokumentację projektową dotyczącą etapów I-IV oraz VI. Co więcej w protokole z 29 czerwca 2018 r. wskazano, że przedmiot umowy *został wykonany zgodnie z umową, obowiązującymi normami, przepisami i zasadami sztuki projektowej oraz jest kompletny i spójny oraz stanowi podstawę do ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt dla etapów I, II, III, IV oraz VI uzyskał formalną zgodę na realizację inwestycji. Dla etapu V, zgodnie z informacjami przekazanymi w piśmie W/067/mk/06/2018 z dnia 29.06.2018 r. zgoda na realizację inwestycji zostanie przekazana po uzyskaniu prawa do dysponowania gruntem na cele budowlane.* Z protokołu wynikało więc, że zamawiającemu przekazano kompletną dokumentację dla etapów I-IV oraz VI, którą

ten odebrał i skwitował jako kompletną. Zamawiający odebrał też dokumentację projektową dla etapu V. W dacie tej jednak dla etapu V brak było uzyskania formalnej zgody na realizację inwestycji, gdyż przeszkodą było niepozyskanie prawa do dysponowania gruntem na celom budowane dla jednej z działek.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie zakwestionował stanowiska zamawiającego przedstawionego w trakcie rozprawy, że pozyskanie prawa do dysponowania działką na cele budowlane było obowiązkiem inwestora, a nie projektanta. W konsekwencji uniemożliwiło to w czerwcu 2018 r. zgłoszenie właściwemu organowi budowlanemu robót budowlanych w zakresie etapu V.

Przeszkoda została jednak wkrótce usunięta w wyniku czego 20 lipca 2018 r. podmiot trzeci - PPMK w imieniu inwestora zgłosił organowi budowlanemu - Prezydentowi Miasta Szczecina - zamiar przystąpienia do wykonywania robót budowlanych (por. zgłoszenie z 20 lipca 2018 r., załącznik do odpowiedzi na odwołanie, dowód złożony przez przystępującego na rozprawie).

Następnie ustalono, że postanowieniem z dnia 31 lipca 2018 r. organ nałożył na inwestora obowiązek jednoznacznego określenia zamiaru inwestycyjnego (budowa trasy rowerowej, remont drogi) oraz wykazania zgodności planowanej inwestycji z obowiązującym planem zagospodarowania przestrzennego (por. załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r., w wykonaniu postanowienia organu, projektant złożył wyjaśnienia. Pomimo to organ wydał 29 sierpnia 2018 r. decyzję o zgłoszeniu sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych z dnia 20 lipca 2018 r.. Powodem zgłoszenia sprzeciwu było zaprojektowanie szerszego ciągu pieszo-rowerowego, co miało pozostawać w sprzeczności z planem zagospodarowania terenu (por. wyjaśnienia i decyzja o zgłoszeniu sprzeciwu, załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Izba wzięła pod uwagę, że zaprojektowanie szerszego ciągu pieszo-rowerowego nie było wynikiem błędu projektanta, lecz inwestora. Jak bowiem wynikało ze str. 6 programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu w wyniku którego podpisano umowę z 6 lutego 2017 r., to zamawiający określił szerokość pobocza wynoszącą 0,75 metra (dowód: PFU- dowód nr 12 złożony przez przystępującego na rozprawie). W konsekwencji, w zgłoszeniu robót budowlanych z 20 lipca 2018 r. projektant uwzględnił pobocza zgodnie z wymogiem z PFU, co wynikało z rysunku załączonego do tego zgłoszenia (dowód: zgłoszenie złożone na rozprawie przez przystępującego).

W kolejnym zgłoszeniu robót budowlanych z 09.11.2018 r. projektant nie uwzględnił już pobocza, o którym mowa już w PFU (dowód: zgłoszenie z 9.11.2018 r. złożone na rozprawie przez przystępującego wraz z załączonym rysunkiem). W tej sytuacji organ

budowlany nie wniósł w ustawowym terminie sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że z dniem upływu terminu na zgłoszenie przez organ sprzeciwu wobec zgłoszenia robót z 9.11.2018 r. (to jest 30.11.2018 r.) projektant zrealizował cały przedmiotowo istotny zakres umowy z 6 lutego 2017 r. Zakres wykonanych, przekazanych i odebranych na ten moment opracowań projektowych należało bowiem odnieść do treści postanowienia § 9 ust. 2 umowy z 6 lutego 2017 r., przywołanego przez samego odwołującego w trakcie rozprawy. Zgodnie z tym postanowieniem, strony ustaliły, że *za datę wykonania dokumentacji projektowej będą uznawać dostarczenie do siedziby zamawiającego kpl. dokumentacji wraz decyzją umożliwiającą prowadzenie robót.*

W świetle omówionego wcześniej protokołu przekazania dokumentacji projektowej z dnia 29 czerwca 2018 r. oraz upływu w dniu 30.11.2018 r. terminu na zgłoszenie przez organ budowlany sprzeciwu wobec zamiaru wykonania robót budowlanych dla etapu V należało uznać, że został wykonany cały przedmiotowo istotny zakres umowy. Strony wszak zgodnie oświadczyły już w protokole z 29 czerwca 2018 r., że przedmiot odbioru *został wykonany zgodnie z umową, obowiązującymi normami, przepisami i zasadami sztuki projektowej oraz jest kompletny i spójny oraz stanowi podstawę do ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* Dodatkowo zaś 30.11.2018 r. ostatni brakujący w świetle tego protokołu etap V inwestycji uzyskał formalną zgodę na realizację inwestycji.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy (30.11.2018 r. wobec terminu umownego przypadającego na 20.08.2018 r.) wyniosło kilkadziesiąt dni i było zatem o wiele krótsze niż 300 dni wynikające z ugody. Ponadto, jak wskazano wcześniej, projektant nie ponosił winy za to opóźnienie.

Ustalono ponadto, że po 30 listopada 2018 r. projektant na prośbę inwestora dokonywał jeszcze poprawek i uzupełnień dokumentacji w związku z uwagami zgłaszanymi przez inwestora do części opisowej w zakresie nie związanym z błędami projektowymi, a koniecznością wprowadzenia poprawek redakcyjnych. Na prośbę zamawiającego dokonał też korekty dokumentacji w zakresie uwag otrzymanych na etapie przygotowywania wniosku o dofinansowanie i dokonał aktualizacji kosztorysu inwestorskiego (dowód: notatka kierownika referatu R. M., załącznik do odpowiedzi na odwołanie).

Odwołujący nie wykazał, aby elementy, które projektant wykonywał po listopadzie 2018 r. były przedmiotowo istotne, w stopniu uzasadniającym tezę, że ich wykonanie z przekroczeniem terminu świadczyło o popełnieniu poważnego wykroczenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Po pierwsze projektant zajmował się bliżej niezidentyfikowanymi nieścisłościami w odebranej już w czerwcu 2018 r. jako kompletnej części opisowej dokumentacji. Kolejne prace wynikły również z faktu, że – już po odebraniu

dokumentacji - w kwietniu 2019 r. inwestor złożył wniosek o dofinansowanie projektu i na jego prośbę projektant dokonał korekt pod kątem tego wniosku. Co istotne, wniosek o dofinansowanie pojawił się rok po odebraniu dokumentacji i pół roku po uzyskaniu zgody na realizację inwestycji a więc kiedy zostały spełnione wszystkie przesłanki do uznania, że umowa została wykonana w zakresie przedmiotowo istotnym.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że o popełnieniu poważnego wykroczenia zawodowego po stronie podmiotu trzeciego mogłoby świadczyć samo nieznaczące opóźnienie w wykonaniu umowy w sytuacji, gdy projektantowi nie można przypisać jakiegokolwiek winy za to opóźnienie. Okoliczność, że przyjął on na siebie odpowiedzialność za opóźnienie w realizacji umowy na zasadzie ryzyka nie zwalniała odwołującego od konieczności wykazania zamiaru lub poważnego niedbalstwa po stronie projektanta. Zdaniem Izby zawinienie czy to w postaci umyślnej czy nieumyślnie w postaci poważnego niedbalstwa jest warunkiem sine qua non, aby wykluczyć podmiot trzeci z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Na powyższe w swym orzecznictwie wskazywał Trybunał Sprawiedliwości UE wyjaśniając, że *pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.* (por. wyrok TS UE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact). Przypomnienia wymaga także, że rażące niedbalstwo jest kwalifikowaną postacią niedbalstwa. *„Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach”* (por. wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03). Odwołujący nie wykazał naruszenia po stronie podmiotu trzeciego w trakcie realizacji spornej umowy elementarnych, podstawowych reguł postępowania.

W konsekwencji należało przyjąć, że podmiot trzeci złożył w dokumencie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) prawdziwe oświadczenie, iż nie dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego w kontekście okoliczności towarzyszących realizacji umowy o wykonanie dokumentacji projektowej nr C.R.U./17/000559 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Gminą Miasto Szczecin.

Podkreślenia przy tym wymaga również, że w dokumencie JEDZ odpowiadając na sporne pytanie nie zamieszcza się wzmianki na temat każdego przypadku zaburzeń w wykonywaniu kontraktów. W dokumencie tym należy ujawniać tylko takie przypadki, które

odpowiadają przesłankom z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wynikało z ustalonego w sprawie materiału dowodowego, takie przesłanki nie wystąpiły w trakcie realizacji przez podmiot trzeci umowy o wykonanie dokumentacji projektowej nr C.R.U./17/000559 z dnia 6 lutego 2017 r. zawartej z Gminą Miasto Szczecin. Wobec powyższego sporne oświadczenie podmiotu trzeciego zawarte w złożonym przez niego dokumencie JEDZ polegało na prawdzie. W rezultacie podmiot trzeci ani przystępujący nie podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z powodu złożenia fałszywego oświadczenia.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Stosownie do przepisu § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437): *W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: