

Sygn. akt: KIO 1013/20

WYROK
z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 9 i 14 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1. INTOP Skarbimierzyce Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach przy ul. Wiosennej 6, 2. INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Łukasza Drewny 70** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin z siedzibą w Szczecinie przy ul. Armii Krajowej 1** reprezentowane przez **Szczecińskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Mieszka I 33,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: firm: 1. Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. P. Gintrowskiego 30/221, 2. Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji przy ul. Botanico Cavanilles 28, Hiszpania,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Musing Bud Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Sanatoryjnej 5,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. INTOP Skarbimierzycze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach przy ul. Wiosennej 6, 2. INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Łukasza Drewny 70** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. INTOP Skarbimierzycze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach przy ul. Wiosennej 6, 2. INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Łukasza Drewny 70** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. INTOP Skarbimierzycze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach przy ul. Wiosennej 6, 2. INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Łukasza Drewny 70** na rzecz wykonawcy **Musing Bud Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Sanatoryjnej 5** kwotę **5 620 zł 06 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia złotych sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztu noclegu, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Szczecin z siedzibą w Szczecinie przy ul. Armii Krajowej 1 reprezentowane przez Szczecińskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Mieszka I 33 (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Modernizacja dostępu drogowego do Portu w Szczecinie: przebudowa układu komunikacyjnego w rejonie Międzyodrza. Podzadanie nr 2. Rozbudowa i przebudowa ul. Gdańskiej w rejonie Estakady Pomorskiej w Szczecinie“.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 25-055572.

W dniu 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający, drogą e-mail, przesłał Odwołującemu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (dalej: „Strabag”).

W dniu 11 maja 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: 1. INTOP Skarbimierzycze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skarbimierzycach przy ul. Wiosennej 6, 2. INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Łukasza Drewny 70 (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Strabag,
2. zaniechania odrzucenia oferty Strabag,
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy Strabag,
4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: firm: 1. Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. P. Gintrowskiego 30/221, 2. Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji przy ul. Botanico Cavanilles 28, Hiszpania (dalej: „Konsorcjum Roverpol”),

5. zaniechania wykluczenia wykonawcy Musing Bud Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Sanatoryjnej 5 (dalej: „Musing Bud”),

względnie

6. zaniechanie wezwania Musing Bud do złożenia wyjaśnień,

względnie

7. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Musing Bud,
8. badania i oceny ofert,
9. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Strabag w sytuacji, gdy wykonawca ten nie złożył wadium wymaganego przepisami ustawy i SIWZ,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy Strabag, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, w szczególności przez złożenie nieprawdziwych informacji w odpowiedzi na pytanie JEDZ dotyczące rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów,
3. przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy Strabag, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem Zamawiający przyjął, że wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której rozwiązano z nim umowy (a więc nie zachodzi wobec wykonawcy przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp), gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa, z wykonawcą rozwiązano bowiem umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo" oraz „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”,
4. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy Strabag z uwagi na to, że ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał zamówienia pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański/Pruszcz Gdański - Przejazdowo", co doprowadziło do rozwiązania umowy,

5. art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania, a w konsekwencji zaniechania wezwania wykonawcy Strabag do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na to, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy w kontekście okoliczności związanych z realizacją umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”,
6. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Roverpol w sytuacji, gdy konsorcjum nie złożyło wadium wymaganego przepisami Pzp i SIWZ;
7. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 6 Pzp, przez zaniechanie ich zastosowania, w konsekwencji czego zaniechanie wykluczenia wykonawcy Musing Bud, który nie spełnia wymaganego SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego w V pkt 2 ppkt 2 lit. a2 SIWZ;
8. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Musing Bud, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w szczególności przez złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie w jakim powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego NIWA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie;
9. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Musing Bud, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającego w błąd Zamawiającego, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem Zamawiający przyjął, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca ten powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego NIWA Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, mimo że Zamawiającemu wiadomo z urzędu o zakresie i wartości robót faktycznie wykonanych przez NIWA Sp. z o.o. na zadaniu pn. Rozbudowy wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie,
10. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji zaniechania wezwania wykonawcy Musing Bud do złożenia wyjaśnień odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenie podmiotu trzeciego NIWA Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie na zadaniu pn. Rozbudowy wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul, Hożej w Szczecinie,
11. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości, w konsekwencji, udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności oceny ofert,
- odrzucenie oferty Strabag,
- wykluczenia wykonawcy Strabag,
- ewentualnie wezwania wykonawcy Strabag do złożenia wyjaśnień,
- odrzucenie oferty Konsorcjum Roverpol,
- wykluczenie wykonawcy Musing Bud,
- ewentualnie odrzucenie oferty złożonej przez Musing Bud,
- ewentualnie wezwania Musing Bud do złożenia wyjaśnień,
- dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Ponadto odwołujący wnosił o:

- dopuszczenie do rozpoznania przez KIO dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma oraz przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania i zarzutów w nim stawianych,,
- zasądzenie kosztów postępowania.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że:

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp dotyczący wykonawcy Strabag.

Odwołujący podnosił, że treść gwarancji udzielonej na zlecenie Strabag nie zawiera sformułowania, z którego wynika jednoznacznie, że oświadczenie beneficjenta nie wymaga potwierdzenia okoliczności, o których mowa w pkt 9 SIWZ. Odwołujący stwierdził, że praktyką gwarantów (banków/towarzystw ubezpieczeniowych) jest, że nawet w wypadku bezwarunkowej i nieodwołanej gwarancji żądają oni wraz z oświadczeniem albo w jego uzupełnieniu potwierdzenia okoliczności, że ziszczyły się przesłanki uruchomienia gwarancji, niejednokrotnie wymagając przedłożenia stosownych dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający natomiast wprost wskazał w SIWZ, że gwarancja bankowa/ubezpieczeniowa ma jednoznacznie w swojej treści zawierać sformułowanie „bez potwierdzania okoliczności”.

Zdaniem Odwołującego w treści SIWZ Zamawiający wprost wprowadził jednoznaczny wymóg względem treści gwarancji wadialnej, której elementem było zastrzeżenie, że Zamawiający nie będzie musiał potwierdzać jakichkolwiek okoliczności związanych z żądaniem wypłaty. A contrario, gwarancja wadialna, które nie zawiera ww. sformułowania nie odpowiada wymogom SIWZ. Konsekwencją czego, wykonawca Strabag nie wniósł wadium, a beneficjent (Gmina Miasto Szczecin) nie otrzymał gwarancji wadialnej, która dawałaby mu możliwość wypłaty środków niemalże równoznacznej z wypłatą wadium udzielonego w formie pieniężnej (tj. ze zdeponowanych środków pieniężnych na rachunku bankowym Zamawiającego).

Odwołujący stwierdził, że o trafności jego stanowiska świadczy fakt, że gwarancje wadialne udzielone na zlecenie pozostałych oferentów (Konsorcjum Roverpol ora Musing Bud), które zwierają wskazywane przez Odwołującego sformułowanie. Wreszcie, nieprzypadkowo Odwołujący złożył wadium, z treści którego wynika, że Gwarant - Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. - wskazał wobec Zamawiającego, że: „Zobowiązujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie do zapłaty na rzecz Zamawiającego całej kwoty określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, zawierającego oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 46 ust 4a lub 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych, bez potwierdzania tych okoliczności”. Tymczasem treść gwarancji udzielonej na zlecenie wykonawcy Strabag wymaganego SIWZ sformułowania (tj. „bez potwierdzenia okoliczności”) nie zawiera.

Odwołujący stwierdził, że treść gwarancji wykonawcy Strabag pozwala gwarantowi weryfikować okoliczności uzasadniające żądanie zapłaty skierowane przez Zamawiającego (beneficjenta), wbrew wymogom SIWZ. Jednocześnie jakakolwiek interpretacja dokumentu gwarancji bankowej jest niedopuszczalna, zaś treść gwarancja powinna być jednoznaczna.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Strabag powinna zostać odrzucona, ponieważ wykonawca ten nie wniósł gwarancji o treści wymaganej SIWZ, a tym samym nie wniósł prawidłowego wadium. W rezultacie powyższego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp dotyczący wykonawcy Strabag.

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

- a) „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo” oraz

- b) „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący wskazywał, że informacje o rozwiązaniu tych kontraktów są powszechnie dostępne i można je zweryfikować w Internecie, np.:

<https://pruszcz9danski.naszemiastQ.pl/pruszcz-gd-problem-z-przebudQwa-ul-zastawnej-2arząd->

<https://gazetawroclawska.pi/ruszy-budQwa-wschQdniej-obwQdnicy-wrQClawia-lany-dlugoleka/ar/c1-14.64.17.49>.

Zdaniem Odwołującego przyczyny rozwiązania tych kontraktów są bez znaczenia w świetle obowiązków wykonawcy co oznacza, że Strabag przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania.

Odwołujący stwierdził, że Strabag oświadczył, że nie znajduje się w sytuacji, w której doszło do rozwiązania umowy. Informacja ta okazała się jednoznacznie nieprawdziwa, co powinno skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia Strabag z postępowania. W jego ocenie Strabag nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Jako strona obydwu wskazanych powyżej umów o zamówienie publiczne miał pełną i niczym nieograniczoną wiedzę odnośnie tych kontraktów. Mógł zatem wyposażyć Zamawiającego w komplet informacji, które z jednej strony dałyby Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i mogłyby przekonać go co do istnienia lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z drugiej natomiast w pełni chroniłyby interes Strabag. Zdaniem Odwołującego zatajenie tych informacji niewątpliwie nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Zatem, zatajając tę informację, Strabag liczył zapewne na to, że Zamawiający nie wejdzie w jej posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia. Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to wykonawcy Strabag należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji w zakresie rozwiązanych umów, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy. Ustalenie, że działanie wykonawcy prowadzone było w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje zwykle niedbalstwo oraz lekkomyślność, a więc łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie budzi przy tym wątpliwości, że w niniejszej sytuacji zastosowanie znajdzie zatem również art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność.

W opinii Odwołującego zmaterializowały się również w niniejszej sytuacji skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach. Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wskazuje bowiem, że skutkiem tym musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd”. Co więcej, przepis ten wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w przypadku postępowania. Efekt, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zaistniał, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty Strabag. Tym samym spełniony jest również skutek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd/zatajenia (stan dokonany), a jedynie przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Takiego ograniczenia nie zawiera art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący podnosił również, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd. 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 dostaną kolejną szansę). Odwołujący wskazywał, że od rozwiązanie umów przywołanych powyżej upłynęło mniej niż 3 lata (pierwsza rozwiązana została w lutym 2018 r., druga w 2019 roku).

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp dotyczący wykonawcy Strabag.

Niezależnie od przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacji odnośnie kontraktu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1-Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo” zdaniem Odwołującego samoistną przesłanką wykluczenia wykonawcy Strabag z postępowania jest już sam przebieg tej inwestycji, który jednoznacznie wskazuje na ziszczenie się przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że z informacji na temat realizacji umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański/ - Przejazdowo” wynika, że:

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

Zdaniem Odwołującego bezsporne jest, że analizowanej sprawie ziściły się przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp takie jak niewykonanie umowy i jej rozwiązanie. Ostatnią z okoliczności, która musi być wykazana na gruncie tego przepisu jest zawinienie wykonawcy. Tymczasem okoliczności wskazane powyżej zdają się jednoznacznie potwierdzać, że zaistniała sytuacja nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Strabag.

Odwołujący podkreślał, że wykonawca Strabag w sposób fundamentalny uchybił swoim obowiązkom związanym z analizowaną inwestycją. Jak wynika z postanowień umowy (§ 2 ust. 1) przedmiot jej powinien zostać wykonany do 30 sierpnia 2018 r., w tym roboty budowlane do 30 czerwca 2018 r., a złożenie wniosku, o którym mowa powyżej do 30 sierpnia 2018 r., wykonawca Strabag tymczasem nie wywiązał się już z podstawowych i wstępnych obowiązków spoczywających na wykonawcy, w tym z obowiązku dostarczenia Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej. Nie lepiej było na kolejnych etapach inwestycji, czego dowodem jest brak chociażby zwrócenia się do Zamawiającego o przekazaniu placu budowy. Okoliczności te wskazują zatem, że wykonawca Strabag od początku uchybiał swoim obowiązkom w zakresie

omawianej inwestycji i nie wykazywał się wymaganą gotowością do wywiązania się z obowiązków spoczywających na wykonawcy umowy o zamówienie publiczne. Zatem już z tej przyczyny wykonawca Strabag powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odwołujący podnosi jednocześnie, że ma świadomość zawarcia pomiędzy wykonawcą Strabag a Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ugody sądowej, na mocy której strony zrzekły się wzajemnych roszczeń. Jednak jego zdaniem zawarcie ugody nie wpływa jednak na ocenę prawidłowości realizacji umowy, która to realizacja znalazła odzwierciedlenie w stanowisku instytucji zamawiającej wyrażonym w piśmie z dnia 27 lutego 2018 roku. Celem ugody jest uchylenie niepewności co do roszczeń wynikających z stosunku prawnego (art. 917 k.c.), nie przesądza ona jednak o istnieniu lub braku istnienia zawinienia którejkolwiek ze stron (wywołuje bowiem skutki na przyszłość). Jeśli zawarta ugoda miałaby posłużyć do odtworzenia okoliczności istotnych z punktu widzenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, tj. ustalenia tego, kto w istocie zawinił, to niewątpliwie ustalenia te nie byłyby dla wykonawcy Strabag korzystne. Jak wynika bowiem z ugody wykonawca Strabag zobowiązał się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty 2 398 447,30 zł, co zdaniem Odwołującego jest niczym innym jak pokryciem nałożonych na wykonawcę Strabag przez Zamawiającego kar umownych.

Odwołujący wyjaśniał, że w kontekście niniejszej sprawy bez znaczenia jest również oświadczenie o cofnięciu przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadczenia o odstąpieniu od umowy (pkt 1 ugody). W orzecznictwie sądów powszechnych jednoznacznie zostało rozstrzygnięte, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie może zostać skutecznie cofnięte. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem instytucji zamawiającej jest dokonanie weryfikacji informacji i dokumentów przedstawianych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający ustalił, że okoliczność rozwiązania omawianego kontraktu miała miejsce. Tym bardziej, że łatwo można to ustalić w oparciu o doniesienia medialne, np.

<https://www.radLoiczew,pMadomosci/2124,utrudnienia-WTremoncierdmgi-irrQZwiazanie-umowy-Z' wykQnawca-doja2d-do-a1-z-problemami, czy>

<http://pruszczanie.pl/nie~bedzie-remontu-ul-zastawnej/>

W opinii Odwołującego Zamawiający mógł (i powinien) dokonać weryfikacji w tym zakresie i na tej podstawie dojść do wniosku, iż zasadne jest wykluczenie wykonawcy Strabag z postępowania, to minimalną formą dbałości o prawidłowość prowadzonego postępowania powinno być zwrócenie się do wykonawcy Strabag z wnioskiem o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień. Jeśli zatem Izba uzna, że nie jest zasadne wykluczenie wykonawcy Strabag z postępowania, to Zamawiający powinien zostać zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o przedstawienia wyjaśnień, w tym w szczególności dowodów potwierdzających, że

środki przewidziane przez wykonawcę są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W oparciu o tak przeprowadzoną procedurę samooczyszczenia Zamawiający wszedłby w posiadanie kompletu informacji pozwalających ponad wszelką wątpliwość ustalić zasadność zastosowania wobec wykonawcy Strabag przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Jednocześnie Odwołujący podnosił, że nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Strabag do wywiązania się z procedury samooczyszczenia może mieć miejsce nie tylko po ustaleniu, że automatyczne wykluczenie jest niezasadne, ale i po uznaniu, że wobec wykonawcy Strabag nie znajdują zastosowania podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zastosowanie tych przepisów, jak wskazano powyżej, wyłącza możliwość przeprowadzenia procedury wyjaśniającej bądź samooczyszczenia i skutkować powinno automatycznym wykluczeniem z postępowania.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp dotyczący Konsorcjum Roverpol.

Odwołujący wyjaśniał, że Konsorcjum Roverpol jako beneficjenta gwarancji wskazał Spółkę Szczecińskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. Zaś Zamawiający w SIWZ wprost wskazał, że beneficjentem gwarancji wadialnej ma być Gmina Miasto Szczecin. Gwarancje wadialne załączone przez pozostałych oferentów wskazują jako beneficjenta wprost Gminę Miasto Szczecin.

Mając na względzie powyższe zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum Roverpol powinna zostać odrzucona, ponieważ wykonawca nie wniósł gwarancji o treści wymaganej SIWZ, a tym samym nie wniósł prawidłowego wadium. W rezultacie powyższego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Roverpol.

V. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 6 oraz art. 26 ust. 4 Pzp dotyczący Musing Bud.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w zakresie wymaganego doświadczenia i wiedzy, o którym mowa w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a2 SIWZ przewidział, że o udział w postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który spełni określone warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące posiadania doświadczenia w realizacji robót podobnych w tym jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie drogowego obiektu inżynierskiego w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich

usytuowanie. (Dz. U. z 2000r. Nr 63, poz. 735 z późn.zm.), tj. obiekt mostowy, tunel, przepust, konstrukcja oporowa), o wartości robot nie mniejszej niż 5 000 000 zł (pięć milionów złotych) brutto. Zamawiający wprost w SIWZ zastrzegł, że w przypadku, gdy zamówienie, w zakres którego wchodzi roboty budowlane, o jakich mowa w lit. a1) - a3) były realizowane przez wykonawcę wspólnie z innym podmiotem, nie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymaga, aby wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu faktycznie, uczestniczył w realizacji ww. zakresu robót budowlanych, (tj. o wartości wymaganej SIWZ). Nadto, Zamawiający wprost wymagał aby podmiot trzeci, którego potencjałem wspiera się wykonawca, zrealizował zadanie, które odpowiada swoim zakresem i wartością wymogom określonym w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a2 SIWZ. W wypadku, gdy podmiot trzeci zrealizował zadanie, które odpowiada swoim zakresem i wartością ww. wymogom SIWZ, z innym podmiotem, który nie bierze udziału w postępowaniu, wówczas zakres robót podmiotu trzeciego winien odpowiadać zakresem i wartości przewidzianej SIWZ (tj. roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie drogowego obiektu inżynierskiego o wartości robót nie mniejszej niż 5 000 000 zł (pięć milionów złotych) brutto.

Wykonawca Musing Bud oświadczył, że w zakresie doświadczenia i wiedzy wymaganej rozdziałem V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ polega na wiedzy i doświadczeniu NIWA Szczecin sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, który miał zrealizować inwestycje pn. „Rozbudowy wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie” o wartości 5.549.336,99 zł brutto. Zamawiający, za pośrednictwem swojej jednostki - Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego - prowadził postępowanie o wykonanie robót budowlanych pn. „Rozbudowy wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie”. Wykonawcą ww. zamówienia było konsorcjum firm KOWAL Sp. z o.o.(jako lider konsorcjum) oraz NIWA Sp. z o.o. (jako partner konsorcjum).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ma zatem wiedzę, że podmiot trzeci - NIWA sp. z o.o. (dalej: „NIWA”) realizowała ww. zadanie w ramach konsorcjum i nie wykonywała całości powierzonych wykonawcy robót a jedynie ich niewielką część, która wartością nie odpowiada wymogowi, przewidzianemu SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Z informacji pozyskanych przez Odwołującego jednoznacznie wynikało, że kontrakt „Rozbudowa wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie” w przeważającym zakresie zrealizował K. Sp. z o.o. Zgodnie z umową konsorcjum zawartą przez tę spółkę z NIWA oba podmioty podzieliły pomiędzy siebie precyzyjnie zakresy prac niezbędnych do wykonania. Wykonawcy szczegółowo ustalili, które zakresy prac zostaną wykonane przez danego konsorcjanta. Odzwierciedleniem tego podziału jest Tabela Elementów Rozliczeniowych (dalej: „TER”), stanowiąc załącznik nr 1 do umowy konsorcjum. Wynika z niego, że spośród 189 pozycji składających się na zakres przedmiotowy umowy, NIWA odpowiadała za wykonanie prac

ujętych w 13 z nich. Pozostałe wykonane miały być przez drugiego konsorcjanta (jedna wspólnie), NIWA wykonać miała:

- a) Naprawy powierzchniowe przęseł betonowych (poz. 17-18 TER);
- b) Wykonanie nawierzchni chodnika z żywic syntetycznych (poz. 66 TER);
- c) Wykonanie impregnacji powierzchni betonu (poz. 67 TER);
- d) Wykonanie powłok antygraffiti (poz. 68 TER);
- e) Wykonanie i rozbiórka tymczasowej kładki dla pieszych (poz. 69 TER);
- f) Stała organizacja ruchu (poz. 70-76 TER).

W pozostałym zakresie prace wykonane miały być przez spółkę K. .

Odwołujący przypominał, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem związanym z realizacją robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy obiektu inżynierskiego o wartości robót nie mniejszej niż 5 mln zł. W analizowanym przypadku obiektem tym był wiadukt drogowy. W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, że NIWA nabyła wymagane doświadczenie, bowiem wszelkie prace związane z faktyczną przebudową obiektu mostowego, a więc fundamenty, roboty ziemne, prace związane z konstrukcją, ustrojem nośnym, odwodnieniem, izolacjami, branżą drogową, branżą sanitarną i kanalizacją deszczową, branżą teletechniczną, branżą elektroenergetyczną i gazociągami wykonywała spółka K. . Zakres prac, które powierzone zostały spółce NIWA odpowiadał wartości 750.000 zł netto (był zatem mniej więcej pięciokrotnie niższy od oczekiwanego przez Zamawiającego w treści warunku). Jak wynika z § 5 ust, 2 lit. b) umowy konsorcjum zakres przypadający NIWA odpowiadał 17,46% wartości całego kontraktu.

W opinii Odwołującego wykonawca NIWA nie dysponuje wymaganą w SIWZ wiedzą i doświadczeniem. Konsekwencją czego wykonawca Musing Bud powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, który nie ma stosownego doświadczenia i wiedzy, o czym Zamawiający wie z urzędu.

Zamawiający miał zatem wiedzę, bez składania odrębnych oświadczeń, że NIWA nie wykonała robót budowlanych o wartości 5.549.336,99 zł brutto na zadaniu pn. Rozbudowy wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie. W tym stanie rzeczy Zamawiający ma wiedzę, że zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Musing Bud i uznania oferty za odrzuconą.

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący podkreślał, że jeśli, pomimo dostępu do kompletu dokumentów związanych z realizacją inwestycji "Rozbudowa wiaduktu drogowego nad linią kolejową w ciągu ul. Hożej w Szczecinie", Zamawiający nie ma pełnej wiedzy na temat faktycznego przebiegu jej wykonania oraz zaangażowania wykonawcy Musing Bud, to

obowiązkiem Zamawiającego było tę okoliczność wyjaśnić. W takim przypadku zastosowanie znaleźć powinna procedura, o której mowa w art. 26 ust. 4 Pzp.

VI. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 26 ust. 6 Pzp dotyczący wykonawcy Musing Bud.

Odwołujący mając na uwadze, że działanie wykonawcy Musing Bud było co najmniej rażące niedbalstwo jest kwalifikowanym stopniem niedbalstwa, z pewnością spełniła się przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp tj. niedbalstwo po stronie wykonawcy Musing Bud. Zdaniem Odwołującego, brak należytej weryfikacji przez tego wykonawcę informacji dotyczących doświadczenia NIWA wskazanego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy potraktować, jako działanie co najmniej lekkomyślne. Wykonawca Musing Bud powinien zakładać, że brak zweryfikowania tego doświadczenia może doprowadzić do podania informacji wprowadzających w błąd i godziło się z taką możliwością. Z tych względów zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Musing Bud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył wskazane przepisy Pzp.

Odwołujący twierdził, że wykonawca Musing Bud nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Składając informację o doświadczeniu w zakresie wiedzy i doświadczenia NIWY oparł się tylko i wyłącznie na oświadczeniu NIWY, nie podejmując jakiegokolwiek próby jego weryfikacji. Podkreślenia wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców.

VII. Zarzut naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający zróżnicował sytuację poszczególnych wykonawców dokonując wyboru Strabag. Zamawiający oczekiwał od uczestników postępowania, że złożą gwarancję wadialną o treści odpowiadającej SIWZ. Wymagało to uważnej analizy SIWZ, czego Strabag nie dochował, a mimo to został wybrany. Ponadto Strabag wprowadził Zamawiającego w błąd odnośnie rzekomego braku zerwanych kontraktów (tym bardziej, że w przypadku co najmniej jednego z nich za zerwanie ponosi winę). Tym samym Zamawiający traktuje inaczej

wykonawców, którzy dochowali należytej staranności i przedłożyli gwarancję wadialną w sposób odpowiadający wymaganiom SIWZ, niż wykonawcę Strabag. Zamawiający naruszył również zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców względem Konsorcjum Roverpol, którego gwarancja wadialna wprost i bez zbędnej analizy narusza warunki SIWZ, jasno i precyzyjnie określone przez Zamawiającego. Zamawiający wreszcie naruszył przepisy ustawy w zakresie w jakim nie wykluczył oferty Musing Bud, albowiem miał wiedzę, że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego, a mimo to sklasyfikował go na 3 pozycji.

Izba ustaliła, że po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili następujący wykonawcy: Strabag, Konsorcjum Roverpol, Musin Bud.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r. „Odpowiedź na odwołanie” oświadczył, że uznaje zarzuty odwołanie w całości co skutkuje jego uwzględnieniem w całości.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2020 r. sprzeciw wobec uznania przez Zamawiającego zarzutów odwołania, w formie pisemnej, zgłosili następujący wykonawcy: Strabag (pismo z dnia 1.07.2020 r., które wpłynęło do Izby w dniu 2 lipca 2020 r.), Konsorcjum Roverpol (pismo z dnia 1.07.2020 r., które wpłynęło do Izby w tej samej dacie), Musing Bud (pismo z dnia 2.07.2020 r., które wpłynęło do Izby w tej samej dacie). Wykonawcy przedstawili, w formie pisemnej swoje stanowiska.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wszyscy Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

I. Zarzuty dotyczące wykonawcy Strabag.

Po dokonaniu badania całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7b, art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Konsekwencją powyższego brak było oddalenia pozostałych zarzutów wynikowych tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 8 Pzp.

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Izba uznała za nieuzasadniony.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 6 ppkt 1 SIWZ w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia z treści tych gwarancji/poręczeń musi w szczególności jednoznacznie wynikać: zobowiązanie gwaranta/poręczyciela (np. banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty nieodwołalnie i bezwarunkowo całej kwoty wadium w wysokości wskazanej w pkt 1 powyżej, na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji/poręczenia – Gminy Miasto Szczecin) zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w pkt 9, bez potwierdzania tych okoliczności.

W treści gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Strabag wystawionej przez Bank PKO BP podano m. in.

„(...) gwarantuje niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na Państwa rzecz płatności do łącznej kwoty 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion) na Państwa pierwsze pisemne żądanie wypłaty, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Państwa imieniu, zawierające numer gwarancji, wysokość żądanej kwoty oraz oświadczenie, że stwierdzające, że:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o który mowa w art. 26 ust 3 i 3a) pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust 1 pzp, oświadczenia o którym mowa w art. 25 a) ust 1 ustawy pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania Oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej, lub
- 2) Wykonawca którego oferta został wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Po dokonaniu wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stanęła na stanowisku, że wbrew temu co twierdził Odwołujący, postanowienia SIWZ nie obligowały do tego, aby w treści składanych gwarancji znajdowała się koniecznie treść „bez potwierdzania tych okoliczności”. W oparciu powołaną powyżej treść SIWZ Izba stwierdziła, że Zamawiający wymagał jedynie, aby z treści gwarancji wynikało, że zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłaty nieodwołalnie i bezwarunkowo całej kwoty wadium w określonej wysokości, na pierwsze żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności o których mowa w pkt 9, bez potwierdzania tych okoliczności. Izba uznała, że powołana treść SIWZ wcale nie determinuje tego, aby w treści gwarancji znajdowało się określenie „bez potwierdzania tych okoliczności”, co najwyżej wskazuje, że z treści gwarancji ma wynikać brak konieczności potwierdzania okoliczności opisanych przez Zamawiającego w pkt 9.

Analiza treści gwarancji bankowej z dnia 7 kwietnia 2020 r. złożonej przez wykonawcę Strabag pochodzącej od Banku PKO BP doprowadziła Izbę do wniosku, że jest ona prawidłowa w zakresie wymagania Zamawiającego opisanego w VIII pkt 6 ppkt 1 SIWZ zasadzającego się na tym, aby z treści gwarancji wynikał brak potwierdzania przez Zamawiającego okoliczności opisanych w pkt 9. Zaprezentowane stanowisko Izba opiera na zawartych w treści ww. gwarancji stwierdzeniach tj. „(...) gwarantujemy niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonanie na Państwa rzecz płatności łącznej kwoty (...)”. Wobec tego dokument z dnia 2 lipca 2020 r. wystawiony przez Bank PKO BP, w którym podano, że „Gwarancja jest bezwarunkowa, co oznacza że nie wymaga potwierdzenia okoliczności wymienionych powyżej” należy traktować jedynie jako dodatkowy w aspekcie przedstawionej argumentacji a nie kluczowy na którym Izba oparła swoje rozstrzygnięcie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Po dokonaniu wszechstronnej analizy materiału dowodowego w świetle przedstawionych okoliczności Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp

Nie było sporne między stronami, że w SIWZ w rozdziale V ust. 2 lit c) Zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie przesłanki fakultatywnej wykluczenia wykonawcy z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, *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.

W złożonym dokumencie JEDZ, wykonawca Strabag zaznaczył „NIE” w 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?”.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Strabag podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykonanie umowy nr 544/2016-2018 z dnia 5.10.2016 r. i jej rozwiązanie. Odwołujący wskazywał, że podane przez niego okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że zaistniała sytuacja nastąpiła z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Strabag.

Biorąc pod uwagę treść powołanego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp to stwierdzić należy, że dla zaistnienia tej przesłanki niezbędne jest wykazanie, że zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji (w okresie 3 lat),
2. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy,
3. niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania,

Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości

czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące.

Podkreślić należy, że ciężar wykazania zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności spoczywa, zgodnie z art. 6 k.c., w całości na Odwołującym. Przepis art. 6 k.c. statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07). Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że na mocy ugody sądowej zawartej w dniu 7 września 2018 r. za zgodnym porozumieniem stron doszło do rozwiązania umowy nr 544/2016-2018 z dnia 5.10.2016 r. zawartej pomiędzy Starbag a Województwem Pomorskim reprezentowanym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku. W treści ugody strony ustaliły m. in.:

1. Pozwany (powód wzajemny) Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku cofa oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 27.02.2018 roku o odstąpieniu od Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku, doręczone Powodowi w dniu 06.03.2018 roku, a Powód (pozwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wyraża na powyższe zgodę.
2. Powód (pozwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie cofa oświadczenie z dnia 19.04.2018 roku o odstąpieniu od Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku, a Pozwany - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku wyraża na powyższe zgodę.
3. Pozwany (powód wzajemny) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i Powód (pozwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie z dniem zawarcia niniejszej Ugody rozwiązują za porozumieniem Stron Umowę nr 544/2016-2018 zawartą w dniu 05.10.2016 roku. W celu uniknięcia wątpliwości Strony przyjmują, że rozwiązanie nie następuje z winy którejkolwiek ze Stron ww. Umowy.
4. Pozwany (powód wzajemny) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku zatrzyma dokumentację projektową, którą otrzymał od Powoda (pозwanego wzajemnego) - Sfrabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w

związku z realizacją Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku i co do której Powód (pozwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przeniósł na Pozwanego (powoda wzajemnego) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku autorskie prawa majątkowe i prawa zależne zgodnie z postanowieniami Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku. Pozwany (Powód wzajemny) Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku oświadcza, że nie zgłasza jakichkolwiek zastrzeżeń odnośnie dokumentacji projektowej przekazanej przez Powoda (Pozwanego wzajemnego) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, co do jej jakości i kompletności.

5. Pozwany (powód wzajemny) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzki w Gdańsku zrzeka się wobec Powoda (pozwanego wzajemnego) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie roszczeń z tytułu gwarancji jakości odnośnie dokumentacji projektowej otrzymanej od Powoda (pozwanego wzajemnego), o której mowa w pkt 4 powyżej. Strony wyłączają odpowiedzialność Strabag Sp. z o.o. z tytułu rękojmi za wady fizyczne odnośnie dokumentacji projektowej przekazanej przez Powoda (pozwanego wzajemnego). (...)
7. Tytułem rozliczenia Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku Powód (pozwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zapłaci na rzecz Pozwanego (powoda wzajemnego) - Województwa Pomorskiego reprezentowanego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, w terminie 14 dni od zawarcia niniejszej Ugody, kwotę: 2 398 447, 30 zł (słownie: dwa miliony trzysta dziewięćdziesiąt osiem tysięcy czterysta czterdzieści siedem złotych i trzydzieści groszy) na rachunek bankowy (...).
8. Pozwany (powód wzajemny) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku w terminie 14 dni od dnia zawarcia niniejszej Ugody zwróci na rzecz Powoda (pozwanego wzajemnego) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy nr 544/2016-2018 z dnia 05.10.2016 roku. tj. gwarancję bankowa nr 5434 535 1947 i nr 5434 535 1954 udzieloną przez Skandinaviska Enskilda Banken AB Oddział w Polsce.
9. Pozwany (powód wzajemny) - Województwo Pomorskie reprezentowane przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku potwierdza, że nie posiada jakichkolwiek innych roszczeń w stosunku do Powoda (pozwanego wzajemnego) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, wynikających z Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku, niż roszczenie dotyczące rozliczenia Umowy, które zostało wskazane w pkt 7 niniejszej Ugody.

10. Powód (pозwany wzajemny) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie potwierdza, że nie posiada w stosunku do Pozwanego (powoda wzajemnego) - Województwa Pomorskiego reprezentowanego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku innych roszczeń wynikających z Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku niż roszczenie wskazane w pkt 8 niniejszej Ugody.
11. Zapłata przez Powoda (pозwanego wzajemnego) - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Pozwanego (powoda wzajemnego) - Województwa Pomorskiego reprezentowanego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku kwoty wskazanej w pkt 7 niniejszej Ugody wyczerpuje wszelkie wzajemne roszczenia Stron wynikające z Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 roku, z zastrzeżeniem obowiązku wynikającego z pkt 8 niniejszej Ugody”.

Kolejną z przesłanek konieczną do zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Izba wskazuje, że w analizowanej sprawie nie stwierdziła, aby rozwiązanie umowy nastąpiło w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Strabag bowiem rozwiązanie umowy było zgodną wolą stron, które zawarły porozumienie co do modyfikacji treści umowy w zakresie czasu jej trwania.

Izba badając okoliczności poprzedzające rozwiązanie przedmiotowej umowy w aspekcie odpowiedzialności wykonawcy Strabag oparła się obszernym materiale dowodowym zgromadzonym w toku rozprawy. Przede wszystkim podkreślić należy, że w treści ugody strony jednoznacznie wskazały, iż w celu uniknięcia wątpliwości przyjmują, że rozwiązanie nie następuje z winy którejkolwiek ze stron ww. umowy. Wobec tego nie można mówić o tym, że rozwiązanie ww. umowy nastąpiło w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z winy wykonawcy.

Analiza materiału dowodowego dotyczącego omawianego kontraktu nie doprowadziła składu orzekającego Izby w tej sprawie do wniosku, że wykonawca Strabag nie wywiązał się ze spoczywających na nim obowiązków skutkiem czego było niewykonanie czy też nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W omawianym zakresie Izba uwzględniła występowanie okoliczności związanych z tym, że przy realizacji kontraktu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański – Przejazdowo” w trakcie wykonywania prac projektowych wystąpiły przeszkody niezależne i niezawinione przez wykonawcę, które uniemożliwiły terminową realizację prac projektowych, objętych zawartą pomiędzy stronami umową. Z przedstawionej przez wykonawcę Strabag obszernej dokumentacji wynika, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku informowany był przez Strabag o utrudnieniach w wykonaniu przedmiotu umowy z

przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, zarówno w formie pisemnych wystąpień, jak również na spotkaniach, które odbywały z udziałem Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i przedstawiciele wykonawcy. Izba stanęła na stanowisku, że przyczyny opóźnień związane były z następującymi okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca, tj.:

- Gmina Miejska Pruszcz Gdański uzgodniła projekt budowlany kanalizacji deszczowej ul. Zastawnej w Pruszczu dopiero po 5,5 miesiącach, co skutkowało opóźnieniem w uzyskaniu decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym dla odcinka A, stanowiącej niezbędnym załącznikiem do wniosku o ZRID.
- Starosta Gdański wydał decyzję o pozwoleniu wodnoprawnym dla odcinka B dopiero po 5 miesiącach od dnia złożenia wniosku, co skutkowało opóźnieniem w złożeniu wniosku o wydanie decyzji o ZRID dla odcinka B.
- Powiatowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej w Pruszczu Gdańskim uzgodnił projekt podziału nieruchomości dla odcinka A dopiero po 3,5 miesiącach od dnia jego złożenia.
- Przeszkody w opracowaniu i uzgodnieniu projektu podziału nieruchomości dla odcinka B wynikające zarówno z winy Zamawiającego brak uregulowań prawnych części nieruchomości, jak i winy Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej w Pruszczu Gdańskim - 2 miesięczna zwłoka w wydaniu uzgodnienia.
- Dokumentacja geologiczna dostarczona przez Zamawiającego, nie nadająca się do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy nr 544/2016-2018 z dnia 05.10.2016 r.
- Wadliwa decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach znak: nr OŚ1.6220.25.2014.26 z dnia 24.11.2014 r. wydana przez Wójta Gminy Pruszcz Gdański.

Wobec okoliczności przedstawionych powyżej, jak również w aspekcie zawartej umowy nie można stwierdzić, rozwiązanie umowy było następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę Strabag.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący poza własnymi twierdzeniami zawartymi w treści odwołania, poza jednym dokumentem w postaci odstąpienia od umowy z dnia 28 lutego 2018 r. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie postawionej tezy podczas, gdy zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu obciąża właśnie Odwołującego jako tego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Izba odniosła się również do kwestii wskazanej w treści umowy kwoty wynoszącej około 2,4 mln zł. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż kwota ta powinna być traktowana jako kara umowna czy też kwota zwierającej odszkodowanie w związku z niewykonaniem czy też

nienależytym wykonaniem umowy. Izba wskazuje, że treść ugody w tej materii jest jasna i nie budzi żadnych wątpliwości Izby bowiem w sposób jasny klarowny strony uregulowały, że została ona nałożona na Strabag tytułem rozliczenia Umowy nr 544/2016-2018 zawartej w dniu 05.10.2016 r. Izba stanęła na stanowisku, że taki sposób kształtowania tego postanowienia umownego nie daje podstaw do tego aby twierdzić, że ww. kwota stanowi karę umowną, czy też miała być zapłacona z tytułu innego niż ten wprost wskazany w ugodzie. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga z istoty samej ugody sądowej wynika, iż jest to porozumieniem stron celem którego, na gruncie Kodeksu cywilnego, strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonywanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać (art. 917 k.c.). Wobec tego strony zawierając ugodę kształtują jej postanowienia w drodze kompromisu. Tym samym żeby doszło do ugody, strony muszą m.in. poczynić sobie wzajemne ustępstwa.

Podsumowując Izba w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie stwierdziła ziszczenia się przesłanek zawartych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Tym samym nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu i wykluczenia wykonawcy Strabag z postępowania.

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp

Kolejnym zarzutem podlegającym rozpoznaniu Izby było zbadanie, czy w stosunku do wykonawcy Strabag zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, że wykonawca Strabag podlega wykluczeniu z postępowania na ww. podstawie.

Podkreślenia wymaga, że w złożonym odwołaniu Odwołujący wywodził, że wykonawca Strabag zataił przed Zamawiającym informacje o rozwiązanych umowach:

a) „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł „Rusocin” autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo” (umowa nr 544/2016-2018 z dnia 5.10.2016 r.) oraz

b) „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Izba ustaliła, że obie umowy wskazane w odwołaniu rozwiązane zostały obie za porozumieniem stron - pierwsza w drodze ugody zatwierdzonej przez sąd, o której była już mowa

powyżej, druga aneksem ograniczającym zakres umowy. Okoliczności rozwiązania wskazanych w odwołaniu umów nie są sporne między ich stronami, okoliczności ich rozwiązania w myśl zgodnego oświadczenia woli obydwu stron nie są objęte odpowiedzialnością żadnej ze stron a umowy zostały rozwiązane za porozumieniem stron.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który twierdził, że w rozpoznawanej sprawie zaistniały przesłanki faktyczne uzasadniające zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

Według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przepisy zacytowane powyżej wymagają kumulatywnego spełnienia wskazanych w nich przesłanek.

Biorąc pod uwagę stanowisko Izby wyrażone w punkcie wyżej (pkt 1 dot. naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) Izba uznała, że w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie można mówić o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji w JEDZ w zakresie odpowiedzi na pytanie, dotyczące weryfikacji przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Podobnie jak w rozpoznawanym aspekcie nie sposób również przypisać wykonawcy Strabag przekazania Zamawiającemu nieprawdziwej informacji, wprowadzającej w błąd Zamawiającego, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp jednoznacznie odwołuje się do zamierzonego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa zaś w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest mowa o lekkomyślności lub niedbalstwie.

Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie wykazał, że niniejszej sprawie wykonawca Strabag celowo zataił ww. informacje przed zamawiającym, czy też nie przekazał ich w wyniku rażącego niedbalstwa. Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie można byłoby wykonawcy przypisać nawet niedbalstwa czy też zwykłej lekkomyślności. Odwołujący nie wykazał

prezentowanej przez siebie tezy, że wykonawca celowo zataił przed Zamawiającym ww. informacje. Powyższemu przeczą chociażby stwierdzenia samego Odwołującego zawarte w treści odwołania, iż informacja o rozwiązaniu ww. kontraktów jest wiedzą powszechnie dostępną.

Izba uwzględniła również okoliczność powoływane przez wykonawcę Strabag, związane z konieczności wpisywania ww. umów do JEDZ, które mogą budzą wątpliwość chociażby w świetle instrukcji wypełniania dokumentu JEDZ zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona pod następującym adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0015/32415/Instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf. W jej treści, przy 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?”

posłużono następującym wyjaśnieniem:

„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia 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. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia”.

Powołana powyżej treść wyjaśnień wprost odwołuje się do nieprawidłowości i skorelowana z przepisem art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wobec tego może powodować u wykonawców powstanie przeświadczenia, że naależy wskazać tylko te umowy, w których wystąpiły nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.

Również przedłożona przez wykonawcę Strabag opinia UZP zdaje się tłumaczyć zachowanie wykonawcy przy wypełnianiu dokumentu JEDZ, bowiem stwierdzono w jej treści, że: „Przenosząc powyższe na grunt przepisów ustawy Pzp, wskazać należy, iż zamieszczana przez wykonawców w części III, sekcji C JEDZ informacja dotycząca znajdowania się przez wykonawcę 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, odpowiada przesłance wykluczenia wskazanej dyspozycją art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W świetle tego przepisu zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia 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. Zamawiający, w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia, powinni zatem przyjmować oświadczenie wykonawców, w zakresie jaki wynika z treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp”. Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie treść powołanych przez Izbę dokumentów oznacza, że wykonawcy Strabag nie można przypisywać w tej sprawie działania polegającego na celowym zatajeniu tych informacji przed Zamawiającym a nawet zwykłego niedbalstwa czy też lekkomyślności. Odwołujący w toku rozprawy nie wykazał, żeby działanie wykonawcy Strabag było w jakimkolwiek stopniu nacechowane tego rodzaju postępowaniem.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, polegającego na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie powołanych powyżej przepisów.

II. Zarzuty dotyczące Konsorcjum Roverpol

Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp względem Konsorcjum Roverpol potwierdził się.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 ppkt 2 SIWZ dokument gwarancji/poręczenia powinien wskazywać jako beneficjenta gwarancji/poręczenia zamawiającego Gminę Miasto Szczecin (str. 16 SIWZ).

Z ustaleń Izby wynika, że gwarancja bankowa złożona przez Konsorcjum ROVERPOL jako beneficjenta gwarancji wskazywała Spółkę Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją w której wadium zostało wniesione przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy, bowiem gwarancja jako jej beneficjenta wskazywał zamiast Zamawiającego (tj. Gminy Miasta Szczecin) jej pełnomocnika (Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.), który jedynie prowadzi owe postępowanie.

Izba za nietrafną uznała argumentację Konsorcjum Roverpol, który wywodził, że w tym przypadku mamy do czynienia z nieścisłością w oznaczeniu Zamawiającego pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ. Izba stanęła na stanowisku, że przesądzające w tej sprawie są postanowienia specyfikacji, do której treści momentami też odwoływał się wykonawca, która w tej materii jest bardzo jasna i klarowna. Na tą okoliczność należy również powołać się na jej treść, w której w pkt 2 ppkt 1 w którym Zamawiający sprecyzował, że wadium może być wnoszone: w pieniądzu – przelewem na rachunek depozytowy pełnomocnika zamawiającego Szczecińskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. PKO BP S.A. nr 87 1020 4795 0000 9202 0408 4810. Natomiast dokument gwarancji/poręczenia powinien wskazywać jako beneficjenta gwarancji/poręczenia zamawiającego Gminę Miasto Szczecin.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający odrębnie uregulował wadium wnoszone w pieniądzu oraz w formie gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej, do czego wykonawca powinien się zastosować.

Izba nie podzieliła również poglądu Konsorcjum Roverpol zasadzającego się na tym, że Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. jako jednoosobowa spółka Gminy Miasta Szczecin jest całkowicie związana i podlega Gminie Miasto Szczecin, a tym samym nie ma znaczenia to, że w treści gwarancji bankowej jako beneficjenta zamiast Gminy Miasta Szczecin wskazano Szczecińskie Inwestycje Miejskie. Izba zwraca uwagę, że w tym przypadku mamy do czynienia z dwoma odrębnymi, niezależnymi od siebie podmiotami. Tym samym nie można uznać, że ww. kwestia nie ma znaczenia.

Jeśli zaś chodzi o dowód w postaci pisma banku Santander z dnia 2 lipca 2020 r., w którym podano, że dla banku jako wystawcy gwarancji bez znaczenia pozostaje beneficjenta to Izba przede wszystkim wskazuje nie ma ono istotnego wpływu na rozstrzygnięcie. Izba stanęła na stanowisku, że wskazany w treści gwarancji beneficjent nie jest Zamawiającym, (Miasto

Gmina Szczecin) a pełnomocnikiem (Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.). Zatem Gmina Miasto Szczecin nie będzie mogła skorzystać z uprawnienia przysługującego Zamawiającemu w przypadku konieczności skorzystania z gwarancji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny nie mniej jednak pozostaje on bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Konsorcjum Roverpol została sklasyfikowana na dalszej pozycji. W związku z oddaleniem zarzutów odwołania względem oferty najkorzystniejszej tj. wykonawcy Strabag Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania na ww. podstawie bowiem pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania.

III. Zarzuty dotyczące Musing Bud

Izba ustaliła, że rozpoznawane postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego z zastosowaniem procedury odwróconej. Zgodnie z treścią art. 24aa Pzp Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Procedura ta polega zatem na tym, że Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet żadnego z wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie JEDZ. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

Oznacza to, że w postępowaniach, w których zastosowana zostanie procedura odwrócona, zasady składania dokumentów są takie same, jak w innych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego – wraz z ofertą wykonawca musi złożyć stosowne oświadczenie zgodnie z art. 25a Pzp, tyle że w przeciwieństwie do „zwykłych”

postępowania, nie jest ono badane w pierwszej kolejności, a dopiero po zakończeniu oceny ofert. Ratio legis ustawodawcy przy wprowadzeniu takiej procedury jest jednoznaczne i oczywiste, bowiem regulacja zawarta w art. 24aa Pzp w znacznym stopniu przyspiesza i ułatwia Zamawiającemu przeprowadzeniem postępowania, gdyż Zamawiający w takim przypadku nie musi podmiotowo oceniać wówczas wszystkich wykonawców, a jedynie tego, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Weryfikacja wszystkich wykonawców odbywa się tylko w kontekście samej oferty (np. cena, wadium, pełnomocnictwo itp.) natomiast nie odnosi się do kwestii związanych ze spełnianiem warunków czy też braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odnosi się to również do wstępnej weryfikacji odbywającej na podstawie informacji zawartych w dokumencie JEDZ.

Zmierzając jednak do wyjaśnienia materii, związanej ze zgłoszonymi zarzutami Izba zwraca uwagę, że oferta wykonawcy Musing Bud nie została uznana za najkorzystniejszą a została sklasyfikowana dopiero na dalszej pozycji z punktacją 93,93 pkt. Z przesłanej dokumentacji postępowania wynika, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Strabag (zawiadomienie z dnia 30.04.2020 r.). Izba ustaliła, że wykonawca ten był wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający względem wykonawcy Musing Bud nie prowadził takiego badania, co zostało także potwierdzone w toku rozprawy przez wykonawcę Musing Bud i nie było kwestionowane przez Odwołującego.

W kontekście powyższego Izba uznała, że rację ma wykonawca Musing Bud, który stwierdził, że zarzuty odwołania odnoszące się do jego oferty należy uznać za bezprzedmiotowe, ponieważ odnoszą się one tylko i wyłącznie do kwestii wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec braku dokonywania jakichkolwiek czynności w tym zakresie przez Zamawiającego (brak uprawnienia i obowiązku po stronie Zamawiającego), nie można uznać za uprawnione formułowanie przez Odwołującego jakiegokolwiek zarzutu w tym zakresie względem wykonawcy Musing Bud, a sformułowanie takiego zarzutu należy uznać za bezprzedmiotowe, bowiem brak w obrocie jakiegokolwiek czynności lub zaniechania Zamawiającego. W konsekwencji takie zarzuty Izba uznała za niedopuszczalne, co oczywiście skutkuje ich oddaleniem.

Konkludując Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy, które skutkowało koniecznością uwzględnienia odwołania. Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....