

Sygn. akt KIO 2117/20

WYROK

z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **FbSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Dębicy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo-Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Zielonce, gmina Raniżów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców **B. K. oraz W. K., wspólników spółki cywilnej działającej pod nazwą ReDrog s.c. B. K. & W. K. z siedzibą w Porąbce Iwkowskiej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Turbo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy FbSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą**

w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Prawo zamówień publicznych i czynności o uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FbSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **FbSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: Część nr 1 - Rejon w Rzeszowie OUA Dębica; Część nr 2 - Rejon w Krośnie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 087-207755.

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca FbSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z uwagi na rzekome podanie w części III C „rozwiązanie przed czasem” Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) informacji nieprawdziwej i tym samym wprowadzenie Zamawiającego błąd, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu lub zatajenie informacji dotyczącej podlegania wykluczeniu, tj. przez wskazanie w JEDZ, 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” udzielił odpowiedzi „NIE” w sytuacji, gdy Odwołujący w dniu 11 lutego 2019 r. rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg krajowych i Autostrad (w zakresie działalności Oddziału GDDKiA w Zielonej Górze) (dalej „Umowa”), podczas gdy ww. rozwiązanie Umowy nastąpiło na mocy porozumienia stron (ugody sądowej, zawartej w wyniku zawezwania do próby ugodowej), a zgodnie ze stanowiskiem obu stron wyrażonym w treści tej ugody rozwiązanie Umowy nie było i nie jest uważane za niewykonanie ani niewykonanie Umowy ani też nie było konsekwencją niewykonania ani nienależytego wykonania Umowy przez którąkolwiek ze Stron (przy czym Zamawiający ww. wiedzę posiadał w dacie wykluczenia Odwołującego), a tym samym nie sposób twierdzić, aby

Odwołujący w treści JEDZ podał informacje nieprawdziwe co do podlegania wykluczeniu ani aby Odwołujący zataił okoliczność dotyczącą podlegania wykluczeniu czy też w jakikolwiek sposób wprowadził w błąd Zamawiającego co do podlegania wykluczeniu;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi rzekome przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. przez wskazanie w JEDZ, że nie doszło do sytuacji, w której wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, co zdaniem Zamawiającego samo w sobie było nieprawdziwą informacją mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż Odwołujący rozwiązał wcześniejszą Umowę zawartą ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, podczas gdy ww. rozwiązanie Umowy nastąpiło na mocy porozumienia stron (ugody sądowej, zawartej w wyniku zawezwania do próby ugodowej), a zgodnie ze stanowiskiem obu stron wyrażonym w treści tej ugody rozwiązanie Umowy nie było i nie jest uważane za niewykonanie ani niewykonanie Umowy ani też nie było konsekwencją niewykonania ani nienależytego wykonania Umowy przez którąkolwiek ze Stron (przy czym Zamawiający ww. wiedzę posiadał w dacie wykluczenia Odwołującego), a tym samym nie sposób twierdzić, aby zaniechanie ujawnienia informacji o wcześniejszym rozwiązaniu umowy mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- 3) postanowień części III lit. C Załącznika nr 2 do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.U.U.E.L.2016.3.16) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy PZP poprzez uznanie, że Odwołujący w odpowiedzi na zawarte w części III lit. C dokumentu JEDZ pytanie dotyczące wcześniejszego rozwiązania umowy zobligowany był do wskazania wszystkich przypadków rozwiązania wcześniejszej umowy, w tym również tych, gdy podstawa rozwiązania takiej umowy w ogóle nie była związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań wykonawcy, podczas gdy przedmiotowa odpowiedź na pytanie miała na celu umożliwienie Zamawiającemu weryfikację przesłanek wykluczenia, a więc odnosić się powinna wyłącznie do takich przypadków, w których rozwiązanie umowy mogło choćby potencjalnie być konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie dotyczyła zaś przypadków takiego rozwiązania, w ramach którego z treści samej czynności rozwiązującej wynikało, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nie było

powodem jej rozwiązania, przy czym stanowisko przyjęte przez Zamawiającego doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania;

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit. h) i i) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UW z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (D.U.U.E, seria L z 2014 r. nr 94 poz. 65; dalej: „Dyrektywa”) w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy poprzez wykluczenie Odwołującego z uwagi na rzekome wprowadzenie w błąd Zamawiającego lub zatajenie informacji co do okoliczności, która w istocie pozostaje zupełnie bez znaczenia dla wyniku postępowania (rozwiązania Umowy niespowodowanego niewykonaniem czy nienależytym jej wykonaniem przez którąkolwiek ze Stron), co narusza zasadę proporcjonalności, bowiem zaniechanie przez Odwołującego wskazania w treści JEDZ informacji o rozwiązaniu Umowy, nawet gdyby je uznać za nieprawidłowe, to w okolicznościach sprawy mogłoby zostać ocenione co najwyżej jako drobna nieprawidłowość, zaś zgodnie z motywem 101 Dyrektywy oraz utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) instytucje zamawiające, stosując tzw. fakultatywne podstawy wykluczenia (do których na gruncie Dyrektywy należą podstawy wykluczenia dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd czy zatajenia informacji), powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, zaś drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy;
- 5) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania; względnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podniesionych w pkt 1 - 3 powyżej,
- 6) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia JEDZ i tym samym zaniechanie wyjaśnienia okoliczności, z powodu których Odwołujący nie wskazał w JEDZ informacji o rozwiązaniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP. Powodem takiej decyzji był fakt, że Odwołujący w część III lit. C złożonego w postępowaniu JEDZ, odpowiadając 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" udzielił odpowiedzi „NIE”. Zamawiający bowiem pozyskał informację, że w dniu 11 lutego 2019 r. wykonawca rozwiązał przed czasem, na podstawie porozumienia stron, wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Oddział GDDKiA w Zielonej Górze Część nr 4 - Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Żarach”.

Odwołujący podnosił, że rozwiązanie Umowy na podstawie Ugody nie stanowiło żadnego z przypadków wymienionych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy PZP, w szczególności: nie było poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych wykonawcy, w tym nie stanowiło - wynikającego z rażącego niedbalstwa ani zamierzonego działania - niewykonania ani nienależytego wykonania Umowy, nie nastąpiło w wyniku niewykonania ani też nienależytego wykonania w istotnym stopniu Umowy przez wykonawcę. Obie Strony Ugody (a zarazem Umowy) zgodnie potwierdziły ww. okoliczności, co oznacza, że w przedmiotowej kwestii nie istnieje i nie istniał spór co do tego.

Co więcej, jedną ze Stron Ugody jest Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - a więc ta sama osoba prawna i ta sama jednostka organizacyjna Skarbu Państwa (statio fisci), którą stanowi Zamawiający. Co istotne, treść Ugody była ustalana nie tylko przez Oddział GDDKiA w Zielonej Górze, ale również na szczeblu centralnym - przez osoby upoważnione w tym względzie przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie.

Zamawiający ograniczył się tylko do ustalenia, że Umowa została rozwiązana przed czasem. Jego zdaniem było to wystarczające do wykluczenia Odwołującego - niezależnie od tego, z jakich przyczyn Umowa została w rzeczywistości rozwiązana. Nie podjął on nawet próby ustalenia ww. okoliczności (np. w drodze zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienia) - lecz niezwłocznie po otrzymaniu informacji z Oddziału w Zielonej Górze o zawarciu Ugody, jeszcze tego samego dnia, podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego. Tymczasem, skoro w stanie faktycznym sprawy oczywistym i niebudzącym wątpliwości jest to, że Odwołujący nie mógł być z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy PZP wykluczony, nie mógł on tym samym wprowadzić w błąd Zamawiającego co do tego, że wykluczeniu nie podlega.

Niezależnie od powyższego, podjęta przez Zamawiającego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania narusza wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy PZP zasadę

proporcjonalności. Niedopuszczalne było podjęcie decyzji o wykluczeniu Odwołującego tylko i wyłącznie w oparciu o jedną informację, tj. że Umowa została rozwiązana przed czasem. Brak rozważenia okoliczności dotyczących rozwiązania Umowy, wagi informacji o takim rozwiązaniu oraz przyczyn, dla których Odwołujący w treści JEDZ tej informacji nie zawarł, stanowiło zatem oczywiste naruszenie zasady proporcjonalności, której obowiązek stosowania wynika zarówno z postanowień prawa unijnego, jak i z treści art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

Mając wątpliwości co do treści oświadczenia zawartego w JEDZ oraz nie znając przyczyn jego złożenia, Zamawiający miał nie tyle możliwość, co obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zarówno bowiem brzmienie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy PZP, jaki i orzecznictwo KIO oraz sądów powszechny potwierdzają, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący oraz że nakłada on na zamawiającego obowiązek (a nie prawo) wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.

Sam ustawodawca (krajowy i unijny) nakazał Zamawiającemu umożliwienie, aby wykonawca wykluczony z postępowania na podstawie przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP (odpowiednio art. 57 ust. 5 lit. h) oraz i) Dyrektywy) przed ewentualnym wykluczeniem mógł przedstawić dowody i podjęte środki wykazujące jego rzetelność. Oznacza to, że w stanie faktycznym takim, jak w niniejszej sprawie - gdzie niepodanie informacji o rozwiązaniu wcześniejszej Umowy nie było przejawem jakiegokolwiek chęci zatajenia informacji o wykluczeniu, a jedynie rozsądnej interpretacji formularza JEDZ, a tym samym w żaden sposób nie podważało rzetelności Odwołującego - jeśli Zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości co do wpływu informacji o zawarciu Ugody na wynik postępowania (tj. gdyby kwestionował treść zawartej Ugody), winien był najpierw te okoliczności wyjaśnić (umożliwić Odwołującemu ich wyjaśnienie), nie mógł zaś od razu stosować sankcji związanych z wykluczeniem.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Dębicy, dalej „Przystępujący”,
- wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo-Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Zielonce, gmina Raniżów,
- wykonawcy B. K. oraz W. K., wspólnicy spółki cywilnej działającej pod nazwą ReDrog s.c. B. K. & W. K. z siedzibą w Porąbce Iwkowskiej,
- wykonawca Turbo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie.

Zamawiający pismem z dnia 7 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie go w całości i podnosząc, że w jego ocenie, Odwołujący zawarł nieprawdziwe twierdzenia w treści JEDZ, czym wprowadził go w błąd i pozbawił przesłanek do rzetelnego przeanalizowania sytuacji wynikającej z przedwczesnego rozwiązania umowy. Zauważał, że znakomita część rozwiązanych umów nie jest efektem dobrej współpracy stron, a wynikiem problemów w ich realizacji, które pomimo rozwiązania umów, nie znikają i mogą rzutować na dalsze postępowanie. Nawet jeśli doszło do polubownego zakończenia współpracy poprzez chociażby ugodę, która nie jest dowodem na brak nieprawidłowości w realizacji, a jedynie zgodnym stanowiskiem stron, że na jej warunkach rezygnują z dalszych sporów w różnych celach, jak chociażby zaoszczędzenia czasu na proces sądowy.

Znamienny jest też fakt, że Odwołujący, oprócz zakończonej przed czasem ww. umowy, zataił przed Zamawiającym również fakt rozwiązania aż 10 innych umów na analogiczne zadania utrzymaniowe, które realizował na terenie Oddziału GDDKiA w Olsztynie. Zamawiający jest aktualnie na etapie badania sporu pomiędzy Oddziałem w Olsztynie a Odwołującym w przedmiocie zakończenia przed czasem tych umów, a ze wstępnej analizy pozyskanych dokumentów wynika, że tam również doszło do sporu pomiędzy stronami w zakresie interpretacji postanowień SIWZ, wysokości wynagrodzenia, naliczenia znacznych kar i potrąceń.

W konsekwencji, Odwołujący miał obowiązek wskazać w treści JEDZ informację w przedmiocie dotyczącym tej umowy oraz przedstawić okoliczności — tak, aby umożliwić Zamawiającemu ocenę, czy zachodzi przesłanka do wykluczenia wskazana w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący zdaje się umniejszać wagę złożonego oświadczenia woli w treści JEDZ, jak również własnej omyłce — a przecież JEDZ jest dokumentem składanym wraz z ofertą na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie jest osią sporu, w jakich okolicznościach oraz z inicjatywy której ze stron umowa została rozwiązana, ponieważ Zamawiający nie wykluczył Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, referującego do nienależytego wykonania innego zamówienia publicznego — clou przedmiotowego pytania dotyczy wcześniejszego rozwiązania umowy, bez ocennych elementów, takich jak prawidłowość wykonania tego zamówienia.

Istotnym jest jedynie, iż Odwołujący nie wskazując, że doszło do rozwiązania umowy, pozbawił Zamawiającego możliwości samodzielnej oceny charakteru ugody, jej treści i celu i właśnie takie działanie należy uznać za nieprawidłowe. To na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji prawidłowości, lecz wykonawca powinien dostarczyć wszelkich

niezbędnych informacji w tym przedmiocie, a Odwołujący nie tyle tegoż obowiązku zaniechał, co wprowadził Zamawiającego w błąd. Bez znaczenia pozostaje także okoliczność, czy to sam zamawiający byłby drugą stroną takiej umowy, a tym samym Odwołujący miał obowiązek poinformować Zamawiającego o samym fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy.

Na marginesie Zamawiający podnosił, że treść ugody z dnia 11 lutego 2019 r. jednoznacznie wskazuje, że umowa nie była realizowana przez Odwołującego prawidłowo, na co wskazuje m. in. oświadczenie FBSerwis, umieszczone w pkt 6 Preambuły ugody, bowiem kara umowna jest ustalonym z góry pieniężnym świadczeniem dłużnika płatnym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Wobec powyższego, oświadczenie złożone przez FBSerwis w zakresie niekwestionowania naliczonych przez drugą stronę umowy kar umownych, stanowi podstawę do wysnucia konkluzji, że skoro Odwołujący nie kwestionował kar umownych, to był świadomy niezrealizowania przez siebie umowy w sposób pożądaný przez kontrahenta, zgodnie z postanowieniami nałożonymi na niego treścią umowy, a w konsekwencji wypełnił on przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 7 października 2020 r. przedłożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 października 2020 r.

Izba włączyła również w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1881/20 oraz KIO 2053/20, których przedmiotem rozpoznania były odwołania wniesione na czynności Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z korespondencji Odwołującego z Zamawiającym Oddział w Zielonej Górze prowadzonej od

października 2017 r. do czerwca 2018 r., oferty Odwołującego z kosztorysem ofertowym, fragmentu opisu przedmiotu zamówienia wraz z przedmiarem robót. Izba uznała, że powyższe dowody nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczą kwestii, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: Część nr 1 - Rejon w Rzeszowie OUA Dębica; Część nr 2 - Rejon w Krośnie.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, *Zamawiający wykluczy Wykonawcę:*

2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

3) 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 14 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;

W pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania oferty oświadczenie stanowiące wstępne oświadczenie, że Wykonawca: a) nie podlega wykluczeniu; b) spełnia warunki udziału w postępowaniu. W pkt 9.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że powyższe oświadczenie składane jest w formie JEDZ, który Zamawiający udostępniła na swojej stronie internetowej. Zamawiający wskazał, że szczegółowa informacja związana z zasadami i sposobem wypełnienia JEDZ znajduje się także w wyjaśnieniach Urzędu Zamówień Publicznych, dostępnych na stronie Urzędu.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na obie części, załączając w wymaganej formie JEDZ, gdzie w części III lit. C, odpowiadając 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” udzielił odpowiedzi „NIE”.

Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. wykluczył Odwołującego z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wskazując, że z informacji jakie uzyskał wynika, że w dniu 11 lutego 2019 r. wykonawca rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Oddział GDDKiA w Zielonej Górze Część nr 4 - Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Żarach”. Przedmiotowa umowa została rozwiązana na mocy porozumienia stron. Powyższe informacje zostały udzielone Zamawiającemu przez Oddział GDDKiA W Zielonej Górze, które wpłynęło do Oddziału w Rzeszowie 21 sierpnia 2020 r. W związku z powyższym wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem w JEDZ w sytuacji, gdy informacja ta jest nieprawdziwa.

Następnie Izba ustaliła, że do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Oddział GDDKiA w Zielonej Górze Część nr 4 - Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Żarach” doszło na skutek złożenia oświadczeń woli przez obie jej strony, tj. przez Odwołującego oraz przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w ramach ugody przed Sądem Rejonowym w Zielonej Górze w postępowaniu o sygn. akt IX Co 3111/18.

Zgodnie z treścią ugody zostały zawarte postanowienia o następującej treści:

Preambuła:

- 1) *W dniu 5 maja 2017r. GDDKiA zawarła z FBSerwis umowę nr Z-14/60/2017, której przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze. Część nr 4: Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w żarach (zwaną dalej „Umową”),*
- 2) *okres realizacji Umowy wynosi od dnia 05.05.2017r. do dnia 05.05.2022r.*
- 3) *pomiędzy Stronami istnieje spór dotyczący Interpretacji postanowień Umowy oraz pozostałej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia (...),*
- 4) *pomiędzy Stronami istnieje spór dotyczący rzeczywistego zakresu usług objętych Umową (...),*
- 5) *w piśmie z dnia 28 września 2018r. FBSerwis ostatecznie sprecyzował roszczenia i kwoty roszczeń, które kieruje wobec GDDKiA (roszczenia i kwoty roszczeń pozostają*

aktualne na dzień zawarcia niniejszej umowy) tj.:

- a) o zapłatę kwoty 433 372,00 zł za realizację prac przekraczających zakres przedmiarów utrzymania rutynowego,
 - b) o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia w kwocie 3 658 506,86 zł tytułem realizacji prac z pozycji nr 68 załącznika nr 1.4a do Opisu Przedmiotu Zamówienia tj. usuwanie skutków zdarzeń losowych.
- 6) FBSerwis nie kwestionuje wysokości naliczonych przez GDDKiA potrąceń i kar umownych,
- 7) Strony nie doszły do porozumienia w zakresie interpretacji zapisów Umowy, Opisu przedmiotu Zamówienia, pozostałej dokumentacji przetargowej oraz rzeczywistego zakresu usług objętych Umową a ewentualne postępowania sądowe w sprawie ustalenia rzeczywistego zakresu praw i obowiązków przysługujących Stronom w ramach Umowy oraz o ewentualną zapłatę za prace, o których mowa w pkt 4) powyżej byłyby kosztowne, czasochłonne i angażowałyby zasoby ludzkie obu Stron,

dążąc do polubownego załatwienia sporu pomiędzy Stronami, w celu uchylecia istniejącej niepewności i wszelkich możliwych sporów pomiędzy Stronami, związanych z wykonaniem Umowy, Strony zawierają ugodę o niniejszej treści:

§1 Przedmiot ugody

1. Strony postanawiają rozwiązać Umowę ze skutkiem na dzień 30 kwietnia 2019 roku.
2. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, GDDKiA i FBSerwis zgodnie oświadczają, że do dnia wskazanego w ust. 1 powyżej Umowa będzie realizowana przez FBSerwis w pełnym zakresie, z zastrzeżeniem ust. 3, 4 i 5 poniżej. (...)
8. GDDKiA oświadcza, iż rozwiązanie Umowy za porozumieniem nie będzie w przyszłości traktowane przez GDDKiA jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez FBSerwis zamówienia publicznego. (...)
10. GDDKiA oraz FBSerwis zgodnie oświadczają, że niniejsza ugoda wyczerpuje wszelkie ich wzajemne roszczenia związane w wykonywaniem Umowy, z zastrzeżeniem ust. 11, 12 i 13.
11. Zawarcie niniejszej ugody pozostaje bez wpływu na uprawnienia GDDKiA i obowiązki FBSerwis wynikające z gwarancji rękojmi udzielonych przez FBSerwis na podstawie Umowy. a także na odpowiedzialność FBSerwis z tytułu szkód wyrządzonych GDDKiA lub podmiotom trzecim w związku z realizacją Umowy.
12. Zrzeczenie, o którym mowa w ust. 10 nie obejmuje ewentualnych roszczeń GDDKiA związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez FBSerwis Umowy, ewentualnych roszczeń regresowych GDDKiA wobec FBSerwis z tytułu solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom oraz uprawnień GDDKiA

wynikających z 5 13 Umowy.

13. Zawarcie niniejszej ugody pozostaje bez wpływu na uprawnienia FBserwis związane z żądaniem zapłaty wynagrodzenia należnego zgodnego z Umową za prace o charakterze rutynowym, o którym mowa w 4 ust. 3 Umowy oraz wynagrodzenia za prace o charakterze strukturalnym (w przypadku zlecenia takich prac przez GDDKiA), o którym mowa w 5 4 ust. 4 Umowy.

14. W celu uniknięcia wątpliwości FBserwis oświadcza, że zrzeczenie się roszczeń, o których mowa w ust. 6 i 7 jest równoznaczne ze zwolnieniem GDDKiA z długu co do tych roszczeń w zakresie objętym niniejszą ugodą i FBserwis nie będzie dochodził/ w przyszłości tych roszczeń przed sądem a GDDKiA oświadcza, że to zwolnienie przyjmuje.

15. Wszelkie obowiązki Stron określone w Umowie związane z zakończeniem obowiązywania Umowy, takie jak w szczególności przekazanie drogi za protokołem przekazania, zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwrot materiałów do ZOD zostaną zrealizowane przez Strony na warunkach określonych w Umowie.

16. W zakresie sprzecznym z Umową, postanowienia niniejszej ugody zastępują postanowienia Umowy. (...)

§2 Oświadczenia Stron

1. Strony oświadczają, że zawarcie niniejszej ugody nie oznacza przyznania zasadności jakiegokolwiek roszczeniu drugiej Strony, a niniejsza ugoda zostaje zawarta wyłącznie w celu uniknięcia długotrwałych oraz angażujących zasoby finansowe i ludzkie Stron sporów sądowych, w tym w celu uniknięcia kosztów sądowych i kosztów zastępstwa procesowego.

2. Strony zgodnie oświadczają również, że zawarcie niniejszej ugody nie jest konsekwencją niewykonywania lub nienależytego wykonywania Umowy przez którąkolwiek ze Stron, a wynika z okoliczności wskazanych w Preambule niniejszej ugody.

3. FBserwis oświadcza, iż na potrzeby zawarcia niniejszej ugody skoryguje faktury za maj, czerwiec i lipiec 2018r poprzez pomniejszenie kwot na w/w fakturach o wartość kar umownych i potrąceń nałożonych przez GDDKiA.

4. FBserwis oświadcza, iż na dzień zawarcia niniejszej ugody nie zalega z zapłatą wynagrodzenia dla podwykonawców.

5. FBserwis oświadcza, iż w okresie 5 lat od dnia podpisania niniejszej ugody nie złoży oferty w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, które prowadzić będzie GDDKiA w celu wyłonienia wykonawcy, który po rozwiązaniu Umowy będzie kompleksowo utrzymywał drogi krajowe administrowane przez Rejon w Żarach Oddziału GDDKiA w Zielonej Górze.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że zarzut dotyczący bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu. Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy w niniejszym stanie faktycznym udzielenie przez Odwołującego przeczącej odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem w JEDZ można uznać za informację nieprawdziwą, wprowadzającą w błąd przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy 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 ustawy 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.

Zamawiający twierdził, że sama okoliczność przedwczesnego rozwiązania umowy przez Odwołującego obligowała wykonawcę do poinformowania Zamawiającego o powyższym fakcie. Dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosił kwestie związane z badaniem kwestii rozwiązania umowy z Odwołującym przez Oddział w Olsztynie.

Odnosząc się wpieryw do drugiej kwestii, Izba podnosi za Odwołującym, że podstawy wykluczenia, które nie były wyartykułowane w informacji o wykluczeniu pozostają poza rozpoznaniem, czyli zarówno kwestie związane z rozwiązaniem umów z Oddziałem w Olsztynie, jak i kwestie związane z karami umownymi na kontrakcie w Zielonej Górze, które

nota bene nie zostały zasądzone. Zwrot „zasądzenie odszkodowania” sugeruje, że nie chodzi o wymierzenie kar umownych przez zamawiającego, ale orzeczenie niezależnego organu właściwego do orzekania w sprawie odszkodowawczej.

Odnosząc się zaś do rozwiązania umowy z Oddziałem w Zielonej Górze należy wskazać, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania można wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wyżej wymieniona przesłanka wykluczenia może stanowić zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnymi wykonawcami. Dotyczy to sytuacji, gdy łącznie zostaną spełnione następujące warunki: a) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest istotną, samoistną okolicznością w przeszłości zawodowej wykonawcy. b) przesłanka ta rozszerza zakres na wszystkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy, a więc również przez niego niezawinione (obiektywne). c) odnosi się do niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy o zamówienie publiczne lub umowę koncesji, i to zawartej z podmiotami publicznymi lub wydatkującymi w znacznym stopniu środki publiczne (dotyczy innych umów, nie tylko tych z danym zamawiającym). Przesłanka ta nie obejmuje wszystkich podmiotów wymienionych w art. 3 ustawy Pzp.; d) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi doprowadzić do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W analizowanym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, że na mocy ugody sądowej zawartej w dniu 11 lutego 2019 r. za zgodnym porozumieniem stron doszło do rozwiązania umowy z dnia 5 maja 2017 r. zawartej pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, Oddział w Zielonej Górze. W treści ugody strony oświadczyły, że zawarcie niniejszej ugody nie jest konsekwencją niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez którąkolwiek ze stron, a wynika z okoliczności wskazanych w preambule ugody. Równocześnie Zamawiający oświadczył, że rozwiązanie umowy za porozumieniem nie będzie w przyszłości traktowane przez GDDKiA jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez FBService zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Izba nie mogła stwierdzić, aby rozwiązanie umowy nastąpiło w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, bowiem rozwiązanie umowy było zgodną wolą stron, które zawarły ugodę i zgodnie oświadczyły, że jej zawarcie nie jest konsekwencją niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez którąkolwiek ze stron. Wobec tego nie można

mówić o tym, że rozwiązanie ww. umowy nastąpiło w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z winy wykonawcy.

Zresztą Zamawiający zdaje się skupiać jedynie na fakcie rozwiązania wcześniejszej umowy, pomijając przy tym fakt, że sama powyższa okoliczność nie stanowi przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Równocześnie nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący miał obowiązek poinformowania Zamawiającego o samym fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy. Taki sposób rozumowania prowadzi bowiem do absurdalnych wniosków, że należałoby wskazywać wszelkie przypadki wcześniejszego zakończenia umowy, również te, które nie są spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę. 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 w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i w takim też zakresie powinna być odczytywana, a nie, jakby tego sobie życzył Zamawiający, w oderwaniu od ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Nie można bowiem twierdzić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wskazywać w treści JEDZ i opisywać każdy przypadek rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia przed czasem, bez względu na przyczyny i okoliczności takiego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że część III JEDZ, w której zostało zadane pytanie o przypadki rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów, dotyczy „PODSTAW WYKLUCZENIA” z postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w przedmiotowej części JEDZ powinny być wpisywane takie informacje, które mają jakiegokolwiek znaczenie w kontekście umożliwienia Zamawiającemu dokonania weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzył na etapie badania podstaw wykluczenia zakres informacji jakie wykonawcy byli zobowiązani do przekazania w ramach oświadczeń składanych w JEDZ, co skutkowało przyjęciem błędnego założenia o złożeniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. Treść wypełnionego przez wykonawcę JEDZ należy czytać kompleksowo, a nie w oderwaniu od przesłanek wykluczenia

określonych w przepisach ustawy Pzp i wskazanych w SIWZ w konkretnym postępowaniu przez konkretnego zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający bezzasadnie przyjął, że zakresem oświadczenia JEDZ jest objęty sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, opierając na tym błędnym założeniu wnioski o podaniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.

W dalszej kolejności Izba uznała, że uwzględnienie zarzutów 1-3 odwołania konsumuje zarzut ewentualny, zatem Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: