

Sygn. akt KIO 2535/20

WYROK
z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Emilia Garbala
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę Eurovia S.A. w Bielanach Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Miasta Rzeszowa

przy udziale wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej, oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów;
2. kosztami postępowania obciąża Eurovia S.A. w Bielanach Wrocławskich i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Eurovia S.A. w Bielanach Wrocławskich tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Miasta Rzeszowa – zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na rozbudowie układu komunikacyjnego ulic: Siemieńskiego, Kochanowskiego, Żółkiewskiego, Batorego, Styki w Rzeszowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 040-093970. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania w związku z czym 5 października 2020 r. wykonawca Eurovia S.A. w Bielanach Wrocławskich wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, w zw. z art. 25a Pzp, w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie, dalej jako „Strabag”, zakresie okoliczności wcześniejszego rozwiązania umowy, wskazanej w dokumencie JEDZ dotyczącej zamówienia prowadzonego pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł „Rusocin” autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański-Przejazdowo”, w sytuacji gdy okoliczności wskazanego rozwiązania nie zostały precyzyjnie określone w JEDZ;
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Strabag, pomimo, iż na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził zamawiającego w błąd, odnośnie doświadczenia Pana Ł. K., w zakresie wykonania 600m² monolitycznej, żelbetonowej płyty dennej, uzyskanego w ramach zamówienia publicznego prowadzonego pn.: „Budowa ul. Nowo-Lazurowej na odcinku od al. Jerozolimskich do trasy AK. Etap I zadanie A - odcinek od Al. Jerozolimskich do ul. Ks. J. Chrościckiego z uwzględnieniem tymczasowego włączenia ul. Nowo-Lazurowej w ul. Ks. J. Chrościckiego”,
3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez zaniechanie czynności

wykluczenia Strabag pomimo, że uprzednio rozwiązano z winy wykonawcy umowę w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego, prowadzonego pn.: „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik, gmina i powiat Pisz. woj. warmińsko-mazurskie”, którego zamawiającym był Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie;

4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, w zw. z art. 25a Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Strabag, pomimo, iż na skutek zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził zamawiającego w błąd, nie wpisując w treści dokumentu JEDZ informacji o rozwiązaniu z jego winy, umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego, prowadzonego pn.: „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik, gmina i powiat Pisz. woj. warmińsko-mazurskie”, którego zamawiającym był Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie;

w sytuacji, w której Izba nie podzieliłaby argumentacji dla zarzutu nr 2, alternatywnie odwołujący zarzucił naruszenie:

5. art. 91 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 7 Pzp przez przyznanie punktów Strabag w kryterium doświadczenie kierownika robót branży konstrukcyjno - budowlanej, za doświadczenie Pana Ł. K. w zakresie wykonania 600m² monolitycznej, żelbetonowej płyty dennej, zdobyte podczas realizacji pn.: „Budowa ul. Nowo-Lazurowej na odcinku od al. Jerozolimskich do trasy AK. Etap I zadanie A- odcinek od Al. Jerozolimskich do ul. Ks. J. Chrościckiego z uwzględnieniem tymczasowego włączenia ul. Nowo-Lazurowej w ul. Ks. J. Chrościckiego”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownej oceny i badania ofert, wykluczenie z postępowania Strabag, wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W przypadku uznania przez Izbę, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Strabag i uznania za zasadny zarzut alternatywny nr 5 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownej oceny i badania ofert, nieprzyznania punktów Strabag w kryterium: doświadczenie kierownika robót branży konstrukcyjno - budowlanej, z tytułu kierowania 2 zadaniami, w ramach których wykonano co najmniej 600m² monolitycznej, żelbetonowej płyty dennej, wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania na swoją rzecz.

Ad. 1. Z powołaniem się na ustalenia i oceny zawarte w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 706/20 odwołujący podniósł, że w związku z wykonaniem umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł „Rusocin” autostrady A1 - Pruszcz Gdański i

Pruszcz Gdański-Przejazdowo" zamawiający - Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, dalej również jako „ZDW” - odstąpił od umowy na podstawie art. 635 k.c., umożliwiającym odstąpienie od umowy przez zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem realizacji tak dalece, że nie jest prawdopodobne, aby zdołał je wykonać w umówionym czasookresie. Wykonawca nie przedłożył kompletnej dokumentacji projektowej stanowiącej przedmiot umowy. Z tych treści odwołujący wnioskował, że w trakcie realizacji umowy musiało dojść do sytuacji spornych i/lub zaniedbań ze strony wykonawcy. Pewien zakres elementów nie był przez wykonawcę realizowany, a jego zachowanie wskazywało, iż zamawiający nie może liczyć na zakończenie inwestycji (lub jej etapów) w dającym się bliżej określić czasookresie.

Odwołujący zauważył, że sytuacja realizacyjna musiała być bardzo poważna, skoro zamawiający zdecydował się na najdalej idący krok, tj. odstąpienie od umowy, mając świadomość, że bierze na siebie ryzyko sporu sądowego i konieczności procesowej obrony uzasadnienia swojej decyzji. Zamawiający w tej umowie nie zdecydował się na polubowne rozwiązanie sporu na drodze pozasądowej, pomimo iż byłoby to rozwiązanie o wiele prostsze i szybsze. Strony doszły do porozumienia dopiero po wszczęciu postępowania sądowego i to też nie na skutek złożenia wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, ale w procesie kontradiktoryjnym. Pomimo że Strabag wykonał i przekazał dokumentację projektową wraz z prawami autorskimi, to został zobligowany do zapłaty niebagatelnej kwoty 2.398.447.40 zł. Zdaniem odwołującego sytuacja ta powinna podlegać wyjaśnieniu, gdyż nieznaną jest charakter przedmiotowej kwoty, tzn. za co konkretnie została uiszczona, zwłaszcza, że w przypadku gdy w trakcie realizacji nie dochodzi do niewłaściwości po stronie wykonawcy, to co do zasady - to zamawiający jest pomiotem wypłacającym kwoty pieniężne na rzecz wykonawców.

Odwołujący ocenił, że zamawiający w tym postępowaniu powinien zbadać okoliczności przebiegu i rozwiązania umowy zawartej z ZDW, jak również postarać się o wyjaśnienie, co legło u podstaw zapłaty na rzecz inwestora. Wydaje się rzeczą fundamentalną ustalenie, czy nie stanowiła ona koncyliacyjno uzgodnionego - roszczenia odszkodowawczego lub w podobny sposób obniżonej kary umownej.

Podniósł, że w sytuacji gdyby okazało się, że przekazana kwota ma charakter sankcyjny, a w trakcie realizacji doszło do nieprawidłowości realizacyjnych, zamawiający byłby zobowiązany do wykluczenia wykonawcy Strabag w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Ad. 3. Odwołujący wskazał, że 11.07.2019 r. doszło do rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Strabag, umowy nr 19/JR-R/15 z dnia 12.01.2015 r. zawartej z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie - Regionalnym Zarządem Gospodarki

Wodnej w Warszawie, dalej jako PGWWP, który również naliczył wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy. Podniósł, że zmaterializowały się wszystkie ustawowe przesłanki dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zwłaszcza, że wykonawca miał szansę przedstawić przebieg kontraktu, w sposób który stanowiłby *selfcleaning* i mógłby „zrehabilitować własną rzetelność” przed zamawiającym, co jednak nie nastąpiło.

Ad. 4. Odwołujący wskazał, że Strabag w części III JEDZ lit. C pozycji: rozwiązanie umowy wskazał trzy kontrakty rozwiązane przedterminowo:

1. Umowę nr 544/2016-2018 z dnia 05.10.2016 r zawartą z Województwem Pomorskim - ZDW w Gdańsku;
2. Umowę nr NI 2720.125.2015 z dnia 20.07.2017 r. zawartą z Województwem Dolnośląskim - DSDiK we Wrocławiu;
3. Umowę z dnia 28.06.2017 r. zawartą ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” na realizację zadania „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w miejscowości Piaski Bankowe”.

Nie wskazał natomiast umowy nr 19/JR-R/15 z dnia 12.01.2015 r. zawartej z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie - Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Warszawie, w której nałożono Strabag kary umowne.

Przez fakt naruszenia obowiązku informacyjnego zamawiający został pozbawiony możliwości oceny jego rzetelności Strabag i podjęcia w pełni świadomej decyzji odnośnie przyszłej współpracy. Niezależnie od tego, w jaki sposób zamawiający zamierzał ocenić rozwiązanie z umowy z PGWWP, powinien o nim wiedzieć.

Zdaniem odwołującego zamawiający *de facto* został wprowadzony w błąd odnośnie sytuacji Strabag, co niewątpliwie miało wpływ na przebieg postępowania, albowiem należy domniemywać, że dla zapewnienia przejrzystości i wyjaśnienia wątpliwości rzutujących na rzetelność zamawiający dążyłby co najmniej do poznania okoliczności rozwiązania kontraktu. Zamawiający nie zdaje sobie sprawy z kłopotów realizacyjnych Strabag, a tym samym nie ma możliwości w pełni określić czy zachodzą przesłanki dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W czasie posiedzenia odwołujący cofnął zarzut 2 i 5. Argumentacja uzasadnienia w odniesieniu do tych zarzutów została pominięta.

Izba ustaliła, że odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z cofnięciem odwołania co do zarzutów dotyczących doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej (zarzut 2 i 5) postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów zostało umorzone stosownie do dyspozycji art. 187 ust. 8 Pzp. Oświadczenie o cofnięciu odwołania w części obliguje Izbę do umorzenia postępowania adekwatnie do zakresu, z popierania którego odwołujący zrezygnował (*arg. a maiori ad minus* z art. 187 ust. 8 Pzp).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym utraty korzyści wynikających z uzyskania i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. 1. Zamawiający w pkt 4.2 str. 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wprowadził fakultatywną przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Strabag złożył JEDZ, którym w części III lit. C w pozycji „Rozwiązanie umowy przed czasem” wskazał umowę nr 544/2016-2018 z 5 października 2016 r. zawartą z Województwem Pomorskim - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku. Poinformował, że w sprawie zawarto ugodę sądową, gdzie określono, że rozwiązanie nie następuje z winy którejkolwiek ze stron.

19 kwietnia 2018 r. Strabag Sp. z o.o. również złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy oraz wystąpił z powództwem przeciwko zamawiającemu.

Na podstawie tekstu tej ugody załączonej przez przystępującego do pisma procesowego Izba ustaliła, że 7 września 2018 r. Strabag Sp. z o.o. oraz Województwo Pomorskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku zawarły ugodę sądową. W jej treści 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 (pozwanego wzajemnego) - Strabag 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 bankową 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 (pozwany 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 (pozwanego 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”.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba zważyła, że z treści powołanej ugody nie wynikają podstawy do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przepis ten wymaga wykazanie, że w odniesieniu do wykonawcy 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;
2. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy,
3. niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania.

Kumulatywne spełnienie powołanych przesłanek oznacza, że brak ziszczenia jednej z nich powoduje brak możliwości wykluczenia z postępowania.

Odnosząc się negatywnie do argumentacji odwołującego przemawiającej za żądaniem dodatkowych informacji w sprawie ugody z ZDW oraz wykluczeniem przystępującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Izba zważyła, że - po pierwsze - nie ma znaczenia prawnego, że spór pomiędzy stronami został zakończony przez zawarcie ugody, w drodze porozumienia stron, bez merytorycznego rozstrzygnięcia sądu, zapadłego po przeprowadzeniu postępowania dowodowego. Stosownie do art. 777 § 1 k.p.c. ugoda zawarta przed sądem jest tytułem egzekucyjnym na równi z prawomocnym lub podlegającym natychmiastowemu wykonaniu orzeczeniem sądu. Ponadto zawarta ugoda podlega ocenie sądu pod kątem jej zgodności z prawem, zasadami współżycia społecznego. Sąd bierze również pod rozwagę ewentualność obejścia prawa (art. 58 k.c.). Ugoda jako czynność procesowa podlega ocenie z uwzględnieniem przesłanek z art. 203 § 4 k.p.c. w związku z art. 223 § 2 k.p.c. W świetle powołanych przepisów argumentację odwołującego umniejszającą prawną doniosłość ugody uznać należy za chybioną.

Po drugie, nie podzielono poglądu odwołującego, że z faktu, że art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp stanowi o przyczynach leżących po stronie wykonawcy, należy wywodzić przypisanie wykonawcy szerszej odpowiedzialności niż wynikającej z zawinienia wykonawcy. Odwołujący kontestował w ten sposób pkt 3 ugody stanowiący, że rozwiązanie umowy nastąpiło za porozumieniem stron, bez winy którejkolwiek z nich. Dostrzec należy, że zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawie zamówienia publicznego przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie wprost z modyfikacjami wynikającymi z ustawy. Art. 354 k.c., który stosuje się do umów w sprawach zamówienia publicznego, nakłada na strony umowy wzajemnej obowiązek współdziałania. W związku z tym nie można przypisać wykonawcy odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, jeżeli wynikało to z przyczyn od niego niezależnych, za które on nie odpowiada. W stanie faktycznym sporu, jak wynika z oświadczeń i dokumentów złożonych przez przystępującego, przy wykonaniu umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrady A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański – Przejazdowo” w trakcie prac projektowych wystąpiły

przeszkody niezawinione przez Strabag, które uniemożliwiły terminową realizację prac projektowych. Z pism i dokumentów przedstawionych przez Strabag wynika, że ZDW był informowany o utrudnieniach w wykonaniu umowy oraz przyczynach wpływających na uchybienie terminowi.

Okoliczności mające znaczenie dla wykonania umowy, które - jak wynika ze zgromadzonej dokumentacji - nie leżały po stronie wykonawcy, to:

1. 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 niezbędny załącznik do wniosku o wydanie ZRID;
2. 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;
3. Powiatowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej w Pruszczu Gdańskim uzgodnił projekt podziału nieruchomości dla odcinka A dopiero po 3,5 miesiącach od dnia jego złożenia;
4. Stan prawny części nieruchomości nie był uregulowany a uzgodnienie zostało wydane przez Powiatowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjno-Kartograficznej w Pruszczu Gdańskim z dwumiesięczną zwłoką, co stanowiło przeszkody w opracowaniu i uzgodnieniu projektu podziału nieruchomości dla odcinka B; Dokumentacja geologiczna dostarczona przez zamawiającego, nie pozwalała na prawidłowe wykonanie umowy;
5. Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach znak: nr OŚ1.6220.25.2014.26 z dnia 24.11.2014 r. wydana przez Wójta Gminy Pruszcz Gdański była wadliwa.

Izba uznała, że stwierdzenie zawarte w pkt 3 ugody stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że Strabag nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Potwierdzają to powołane okoliczności faktyczne, które nie dają podstawy do uznania, że przyczyny rozwiązania umowy przez ZDM leżały po stronie Strabag.

Po trzecie, odwołujący podnosił, że ustalony w pkt 7 ugody obowiązek zapłaty na rzecz przez Strabag kwoty 2.398.447,30 zł. powinien być kwalifikowany jako zapłata kary umownej lub odszkodowania, zwłaszcza wobec zatrzymania przez inwestora dokumentacji. W tej mierze Izba zważyła, że zawarte w treści ugody porozumienie co do istniejącego między stronami stosunku prawnego ma charakter zgodnego oświadczenia woli i podlega regułom wykładni według kryteriów wskazanych w art. 65 k.c. Wykładnia postanowień ugody nie może jednak prowadzić do skutku w postaci uzupełnienia jej treści o kwalifikację prawną

obowiązku zapłaty, gdyż pozostałe postanowienia umowy nie pozwalają na jednoznaczna ocenę tego obowiązku Strabag. Izba uwzględniła, że rozstrzygnięcie wątpliwości co do treści oświadczeń stron umowy nie jest dopuszczalne w drodze postanowienia sądu, tak jak zgodnie z art. 352 k.p.c. usuwane są wątpliwości co do treści wyroku. Nie jest również dopuszczalny wniosek o uzupełnienie umowy (tak: orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 1973 r., sygn. akt III CRN 415/72, LexPolonica nr 296231, OSNCP 1974, nr 1, poz. 10, z glosą J. Lapierre'a, NP 1975, nr 5, s. 755; z 20 grudnia 1969 r., III PZP 43/69, LexPolonica nr 309010, OSNCP 1970, nr 3, poz. 40). Skoro sąd nie może uzupełnić umowy ani wyjaśnić wątpliwości co do jej treści, to tym bardziej za niedopuszczalne należy uznać takie działanie ze strony Krajowej Izby Odwoławczej podejmowane w związku z oceną czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uznanie kwoty, o której mowa w pkt 7 umowy, za odszkodowanie lub karę umowną stanowiłoby uzupełnienie treści umowy, co nie mieści się w kognicji Izby.

Badanie przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w sytuacji, gdy została zawarta umowa nie może prowadzić do podważania treści tej umowy. Zasada pewności prawa wymaga respektowania umowy prawomocnie zawartej przed sądem.

Przywołane ustalenia i oceny wskazują, że Strabag nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przepis ten stanowi wdrożenie do polskiego 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 którym 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. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, aby Strabag w związku z wykonaniem umowy z ZDW dopuścił się znaczących lub uporczywych niedociągnięć. Próba wywiedzenia istotności niewykonania umowy sprowadzała się do tezy, że kwota zapłacona przez Strabag na rzecz ZDW stanowiła odszkodowanie oraz przedstawienia pism związanych z wykonywaniem umowy przez Strabag. Jak wskazano wcześniej, wobec treści umowy brak jest podstaw do jej uwzględnienia.

Ad. 3 i 4. Przystępujący nie wskazał w JEDZ w części III lit. C w pozycji „Rozwiązanie umowy przed czasem” umowy na roboty budowlane pn. „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik gmina i powiat Pisz, woj. warmińsko - mazurskie”.

Na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez Strabag Izba ustaliła, że:

1. Roboty budowlane były wykonywane na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego. Projekt budowlany z września 2012 r. opracowany został przez firmę NAVPRO Hydrotechnika Spółka z o.o. był podstawą do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę wydanej przez Wojewodę Warmińsko – Mazurskiego. Dokumentacja projektowa stanowiła jako opis przedmiotu zamówienia element SIWZ, a następnie część umowy. Umowa została zawarta w dniu 12 stycznia 2015 r. nr 19/JR-R/15;
2. Wpisem w dzienniku budowy z dnia 26 kwietnia 2019 r. Strabag zgłosił gotowość do odbioru końcowego robót i tego dnia wystąpił do PGWWP o dokonanie odbioru wykonanych prac;
3. Zamawiający nie dokonał odbioru końcowego prac z argumentacją braku wykonania robót na odcinkach km 3+856,13 - 4+095,61 brzeg prawy oraz w km 3+852,50- 4+095,46 brzeg lewy w zakresie humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym i wyznaczył termin 17 czerwca 2019 r. do ich wykonania;
4. Przystępujący w odpowiedzi z 3 czerwca 2019 r. wskazał, że wykonał te roboty, zostały one przez zamawiającego przyjęte i przystępujący otrzymał za nie wynagrodzenie. Sposób wykonania robót oraz ich jakość nie były kwestionowane. Wskutek wysokiego stanu wód w okresie od grudnia 2016 r. do października 2018 r. prace wykonane przez przystępującego zostały uszkodzone i uległy rozmyciu. PGWWP przekazał przystępującemu 27 listopada 2018 r. zamienną decyzję o pozwoleniu na budowę oraz zamienny projekt budowlany, które odnosiły się w części do prac wykonanych przez przystępującego. Strony nie doszły w tym zakresie do porozumienia;
5. 17 czerwca 2019 r. PGWWP ponownie przystąpił do czynności odbioru końcowego. Wobec braku dokonania przez Strabag naprawy uszkodzeń na odcinku umocnienia w km 3+856,13 - 4+095,61 brzeg prawy oraz w km 3+852,50- 4+095,46 brzeg lewy oraz braku wykonania przez przystępującego humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym, PGWWP wyznaczył termin na wykonanie tych prac do 30 czerwca 2020 r.
6. 17 czerwca 2019 r. przystępujący sporządził protokół przekazania placu budowy, a także przekazał PGWWP dokumentację powykonawczą, zwrócił dokumentację projektową oraz dokumentację projektową zamienną, a także przekazał dzienniki budowy. 17 czerwca 2019 r. kierownik budowy skończył pełnić samodzielną funkcję techniczną w budownictwie w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane. Protokół przekazania placu budowy oraz przekazania dokumentacji został złożony PGWWP 18 czerwca 2019 r.;

7. pismem z 11 lipca 2019 r. PGWWP odstąpił od umowy w części niewykonanej „tj. w zakresie niewykonanych lub wadliwie wykonanych prac i robót stanowiących przedmiot umowy, wedle stanu na dzień odstąpienia”. PGWWP obciążył też Strabag karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy. W piśmie zawierającym odstąpienie nie została wskazana podstawa prawna oświadczenia zamawiającego;
8. Strabag wniósł do Sądu Okręgowego w Warszawie pozew o zapłatę należnego wynagrodzenia w związku z wykonaniem umowy (sygn. akt XVI GC 608/20).

Przypomnieć należy, że przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp powinny być spełnione łącznie, w przeciwnym razie wykluczenie wykonawcy z postępowania narusza prawo.

Odnosząc się kolejno do wymagań powołanego przepisu Izba zważyła, że brak jest podstaw do jednoznacznego uznania, że przystępujący nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę. Z uwagi na rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym to od odwołującego należało oczekiwać wykazania, jakich postanowień umownych przystępujący nie wykonał, jakiego ciężącego na nim zobowiązania nie zrealizował. Nie zostały wskazane żadne okoliczności na czym miało polegać niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie umowy na Kanał Jegliński, które podważyłyby twierdzenie Strabag o wykonaniu zobowiązań umownych i odmowie wykonania w ramach tej samej umowy nieprzewidzianych w niej prac. Z faktu zgłoszenia odbioru końcowego można wywieść domniemanie, że skoro zamawiający dokonywał odbiorów częściowych i za nie płacił, to prace wynikające z umowy zostały wykonane. Z okoliczności szeroko wywodzonych przez przystępującego i opisywanych w piśmie oraz załączonych do niego dokumentów wynika, że przyczyną braku odbioru oraz złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy był brak porozumienia z przystępującym, co do tego, czy prace wynikające z zamiennego pozwolenia na budowę, opisane zamiennym projektem budowlanym mogą być uznane za wykonywane w ramach danej umowy. Kwestią sporną pozostaje również wynagrodzenie. Innymi słowy zamawiający oczekiwał powtórnego wykonania prac, które uległy zniszczeniu oraz oczekiwał realizacji tych prac zgodnie z nową dokumentacją projektową, które nie była załącznikiem do umowy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak jest podstaw do twierdzenia, że przystępujący podlegałby wykluczeniu w związku z tą umową. Dostrzec trzeba ponownie, że art. 57 Dyrektywy klasycznej, wdrożony do ustawy w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy wykazującego znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu umowy. Również w preambule do Dyrektywy klasycznej w motywie 101 wyjaśniono, że ta przesłanka wykluczenia odnosi się do wykonawców, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych

zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów.

Kwestia istotności uszła zupełnie uwagi odwołującego. Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uwzględniła twierdzenia przystępującego zawarte w piśmie procesowym dotyczące spornych prac. Strabag stwierdził w nim, że zamawiający nie prowadzi na Kanale Jeglińskim żadnych nowych prac, lecz użytkuje kanał zgodnie z przeznaczeniem.

W stanie faktycznym sporu Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W okolicznościach sprawy, wobec jakichkolwiek twierdzeń i dowodów na tezę przeciwną, Izba uznała, że powodem dla którego PGWWP odstąpił od umowy było zniszczenie wykonanych robót przez „wysoką wodę”. Wykonawca nie odpowiada za sytuację hydrologiczną.

Finalnie należy odnieść się do przesłanki rozwiązania umowy. Wykluczenie wykonawcy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy. Fakt rozwiązania umowy musi być powiązany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Niezależnie od omówionych okoliczności faktycznych dotyczących wykonania umowy, istotne znaczenie mają również kwestie prawne. Bezsporna jest okoliczność, że PGWWP w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy nie wskazał żadnej podstawy prawnej swojego oświadczenia. Twierdzenie przystępującego znajduje potwierdzenie w kopii odstąpienia złożonej przez odwołującego.

Art. 491 § 1 k.c. stanowi, że jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Z dowodów zgromadzonych w aktach sprawy wynika, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie zostało poprzedzone wezwaniem do wykonania robót pod rygorem odstąpienia od umowy. Z lektury oświadczenia o odstąpieniu oraz odpowiedzi Strabag z 31 lipca 2020 r. należy wnioskować, że sformułowanie o odstąpieniu od umowy mogło być zawarte w notatce sporządzonej przez zamawiającego 17 czerwca 2020 r. w trakcie czynności, w których wykonawca nie uczestniczył. Na niemożność realizacji prawa do odstąpienia wskazał w takiej sytuacji Sąd Najwyższy uzasadnieniu z dnia 9 czerwca 1998 r.

II CKN 803/97, stwierdzając, że powoływanie się na pisemne wezwania pozwanej do wykonania obowiązków wynikających z umowy nie jest równoznaczne z wykazaniem, że skarżący wyznaczył pozwanej odpowiedni termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Odwołujący nie wykazał również, aby możliwe było odstąpienie przez PGWWP od umowy na podstawie art. 492 k.c. Zdanie pierwsze tego przepisu stanowi, że jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. Wskazana norma wymaga zastrzeżenia umownego prawa do odstąpienia oraz niewykonania zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp za chybiony.

Odwołujący opiera się wyłącznie na fakcie odstąpienia od umowy przez zamawiającego, podczas, gdy jest to jedna z przesłanek wymaganych przez art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie (tak m.in. wyroki w sprawie KIO 458/18, KIO 741/17 i 746/17). Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku w sprawie o sygn. akt II Ca 147/19 wskazał, że jeżeli zamawiający chce wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp musi wykazać, że uchybienia w realizacji wcześniejszej umowy miały charakter istotny. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym obowiązek wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia spoczywał na odwołującym (art. 190 ust. 1 Pzp). Odwołujący poza wskazaniem, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy i złożenia kopii oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz pisma zamawiającego zawierającego ogólne odniesienie się do przesłanek wykluczenia nie przedstawił żadnych twierdzeń i dowodów uzasadniających wykluczenie Strabag.

W opisanych okolicznościach sprawy Izba uznała również, że Strabag nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przepisy te stanowią odpowiednio, że zamawiający wyklucza z postępowania 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

oraz 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.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący do obu podstaw wykluczenia odnosi się łącznie. Wydaje się przy tym reprezentować pogląd wyrażany w części orzecznictwa, że norma zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zasadzie konsumuje normę zawartą w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub tworzyć własną podstawę wykluczenia będącą połączeniem obu norm. Odwołujący bowiem utożsamia pominięcie informacji, czyli zatajenie informacji, o którym mowa w pkt 16 z podaniem informacji, o którym mowa w pkt 17 oraz łączy je z lżejszą postacią winy. Dostrzec należy, że norma prawna zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp odwołuje się do winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, a norma prawna zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 odwołuje się do winy nieumyślnej, w tym niedbalstwa, które nie jest niedbalstwem rażącym. Ponadto art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wymaga wprowadzenia w błąd zamawiającego, podczas gdy art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o przedstawieniu informacji mogących wprowadzić w błąd zamawiającego. Oba przepisy różni również zakres przedmiotowy informacji. Pkt 16 dotyczy informacji, że wykonawca 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, natomiast pkt 17 stanowi o każdej informacji mogącej mieć wpływ na wynik postępowania. Istotne różnice w przesłankach obu podstaw wykluczenia nie pozwalają na ich łączne stosowanie.

Izba zważyła zatem, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Nie wprowadził w błąd zamawiającego, jest wykonawcą nie podlegającym wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Zdaniem odwołującego sam fakt niezamieszczenia w JEDZ informacji o umowie na kanał Jegliński uzasadnia wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W tej mierze dostrzec trzeba, że z okoliczności sprawy wynika brak spełnienia przez PGWWP wymagań kodeksu cywilnego odnoszących się do odstąpienia od umowy. Mając na uwadze omówione wymagania wynikające z art. 491 k.c. brak jest podstaw do stanowczego twierdzenia, że zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy z przystępującym. W niniejszej sprawie bowiem nie można stanowczo przyjąć, że w ogóle doszło do skutecznego odstąpienia od umowy ze Strabag, skoro zamawiający nie wypełnił wynikającego z art. 491 k.c. obowiązku wezwania do wykonania robót pod rygorem odstąpienia. Strabag miał zatem podstawy, by uznać, że inwestycja pn. „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik gmina i powiat Pisz, woj. warmińsko - mazurskie” nie musi zostać wpisana do JEDZ w części III lit. C w pozycji „Rozwiązanie

umowy przed czasem”. Co do zasady wykonawcy mają obowiązek wskazania w JEDZ umów skutecznie rozwiązanych przed czasem bez względu na własne stanowisko w sprawie ziszczenia się wymienionych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przesłanek ocennych. W badanej sprawie nie można abstrahować od faktu, że przesłanka „rozwiązania umowy” nie jest obiektywnie spełniona. W konsekwencji pominięcie informacji dotyczącej tej umowy w JEDZ w tym konkretnym przypadku nie uzasadnia wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp.

Dostrzec bowiem trzeba, że skoro po myśli art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykluczeniu miałyby podlegać wykonawca, któremu nie można przypisać rażącego niedbalstwa, to wydaje się być logicznym, że podanie nieprawdziwej informacji w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności, nie może być oceniane surowiej, niż podanie takiej informacji w warunkach umyślności lub rażącego niedbalstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Normę zawartą w pkt 17 należy zatem odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt 16 konieczne jest, by nieprawdziwa informacja rzeczywiście mogła wprowadzić w błąd zamawiającego, a nadto rzeczywiście mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Tymczasem uzupełnienie JEDZ o informacje dotyczącą kanału Jeglińskiego, czego domaga się odwołujący, w okolicznościach sporu nie zmieniałoby nic w zakresie tego, czy Strabag nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Nie można tracić z pola widzenia, że ustawa stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z treścią art. 57 tej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. W konsekwencji wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd”. Ponownie należy powołać pkt 101 preambuły dyrektyw, zgodnie z którym stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do

wykluczenia wykonawcy. Z zasady proporcjonalności należy wywieść, że poszczególnych przepisów ustawy nie należy odczytywać w oderwaniu od pozostałych przepisów. Rodzi to bowiem ryzyko dokonania wykładni oderwanej od celów, którym służyć miało wprowadzenie podstaw wykluczenia z postępowania. Wykluczenie Strabag w realiach rozpoznawanej sprawy byłoby za nieproporcjonalne.

Omawiany pogląd w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp znajduje wsparcie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 września 2019 r. sygn. akt XIX Ga 953/19.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....