

WYROK
z dnia 09 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Daniel Konicz
Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 20 lipca i 07 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2018 r. przez wykonawcę **Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97 20142 Mediolan** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego- **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874Warszawa**

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97 20142 Mediolan**,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874Warszawa** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczaną przez odwołującego **Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97 20142 Mediolan** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874Warszawa** na rzecz odwołującego **Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97 20142 Mediolan**, kwotę 23 000,00 (dwadzieścia trzy tysiące) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu oraz zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1579 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:

Członkowie

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53 Warszawa w imieniu którego czynności zamawiającego wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków: Część nr 3, ode. Węzeł Widoma (bez Węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła igołomska), długość ok. 18,3 km.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2015/S 184-333396 w dniu dnia 23 września 2015 r.

W dniu 26 czerwca 2018 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę POLAQUA sp. z o.o. ul. Dworska 1, 05-500 Wólka Kozodawska oraz o wykluczeniu wykonawcy Salini Impregilo S.p.A via de Missaglia 97, 20142 Mediolan (Włochy) (dalej zwany Odwołującym).

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu dokonanie:

- 1) niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu mającym zastosowanie do postępowania, a w konsekwencji bezzasadnego uznania jego oferty za odrzuconą
- 2) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień co do okoliczności faktycznych przyjętych przez Zamawiającego za podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) wyboru oferty POIAQUA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu;
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i bezzasadne uznanie, że Salini podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo iż w stosunku do Salini nie zaistniały przesłanki wykluczenia określone w tym przepisie, w szczególności w odniesieniu do żadnego z kontraktów realizowanych przez Salini, wskazanych w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z dnia 26 czerwca 2018 r. nie wystąpiło niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zamówienia z przyczyn leżących po stronie Salini, kwalifikowanych jego

umyślnym działaniem lub rażącem niedbalstwem i to w stopniu podważającym uczciwość Salini, w szczególności poprzez:

a. jego niewłaściwą i rozszerzającą wykładnię polegającą na:

i. błędnym utożsamianiu okoliczności przywołanych w Decyzji z „zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych”

ii. bezpodstawnym przyjęciu, iż zakres zastosowania art. 24 ust. 2a PZP obejmuje zarzucane Odwołującemu naruszenia kontraktowe, pomimo że nie występowały one w okresie, do którego prawodawca jednoznacznie ograniczył zastosowanie tego przepisu, tj. w okresie 3 lat przed wszczęciem Postępowania;

b. naruszenie art. 24 ust. 2a Pzp w zw. z art. 141 Pzp, poprzez błędne i niezgodne z przyjętą wykładnią unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych:

i. zaniechanie przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy dla stwierdzenia popełnienia przez niego poważnego wykroczenia zawodowego, a także

ii. zignorowanie okoliczności, że solidarna odpowiedzialność konsorcjantów za wykonanie umowy w sposób zautomatyzowany nie powoduje wykluczenia któregokolwiek lub wszystkich konsorcjantów z postępowania w oparciu o ww. przepis, niezależnie od tego, który z konsorcjantów swym zachowaniem dopuścił się naruszenia obowiązków przy wspólnej realizacji umowy;

- podczas gdy wykluczenie na tej podstawie musi wiązać się ze stwierdzeniem okoliczności podważających uczciwość konkretnego wykonawcy z przyczyn kwalifikowanych jego zamierzonym działaniem lub jego rażącem niedbalstwem, tj. okoliczności, które mają charakter dalece zindywidualizowany, zaś wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp nie może odbywać się w sposób automatyczny;

c. naruszenie art. 24 ust. 2a Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na wykluczeniu Salini z postępowania na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż Salini wykazał w wymaganym terminie, tj. na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego), iż nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania;

d. naruszenie art. 24 ust. 2a Pzp w związku z art. 6 Kodeksu Cywilnego poprzez zignorowanie spoczywającego na Zamawiającym ciężaru dowodu oraz wykluczenie Salini z postępowania w oparciu o ww. przepis Pzp bez przedstawienia dowodów wykazujących, że zachodzą podstawy wykluczenia opisane w przywołanej normie;

2) art. 92 ust. 1 pkt 2) i 3) Pzp w zw. z art. 24 ust. 2a Pzp, polegające na nieprawidłowym uzasadnieniu podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a to poprzez przedstawienie w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu gołosłownych twierdzeń własnych Zamawiającego i niewykazanie

środkami dowodowymi zaistnienia podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 2a Pzp w sytuacji, gdy ciężar wykazania takich okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości spoczywa na Zamawiającym, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego przeprowadzenia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania

3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty POLAQUA Sp. z o.o. (niebędącej ofertą najkorzystniejszą) oraz poprzez jednoczesne zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu; a także zarzucił naruszenie:

4) art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2a Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia co do okoliczności faktycznych przyjętych przez Zamawiającego za podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania i oparcie się wyłącznie na nieobiektywnych i wycinkowych informacjach pozyskanych z innych Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty POLAQUA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
- 3) przywrócenie Odwołującego do postępowania, przy uwzględnieniu, że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Salini z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, co powinno doprowadzić do wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 4) ewentualne wezwanie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień.

Odwołujący w uzasadnieniu pierwszego zarzutu dotyczącego przekroczenia przez GDDKiA zakresu zastosowania art. 24 ust. 2a Pzp podał, że wskazany przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania przepis, został uchylony w dniu 28 lipca 2016 r., lecz ze względu na moment wszczęcia postępowania przepis ten jest właściwym dla oceny kwestionowanych działań Zamawiającego. Zauważył także, że choć istota regulacji art. 24 ust. 2a Pzp została co do zasady utrzymana w obecnie obowiązującym art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, to jednak przepisy te znacząco różniły się w zakresie formalnych przesłanek wykluczania wykonawców. Podkreślił, że zarzut GDDKiA, jakoby Salini dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych należy poprzedzić stwierdzeniem, że już z przyczyn czysto formalnych art. 24 ust. 2a Pzp nie może być podstawą do wykluczenia Salini z postępowania, gdyż jasno określony zakres zastosowania tego przepisu w ogóle nie odnosi się do okoliczności i rzekomych naruszeń wskazanych w czynności o wykluczeniu. Zamawiający natomiast w sposób oczywiście nieuprawniony

rozszerza zastosowanie tego przepisu wbrew jego jednoznacznemu brzmieniu i całkowicie ignoruje, że ze względu na „sankcyjny charakter art. 24 Pzp podstawy wykluczenia w nim określone muszą być interpretowane ściśle. Odwołujący zauważył, że odwołując się do niebudzącego wątpliwości językowego brzmienia art. 24 ust. 2a Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach podkreśla, że naruszenie będące podstawą zastosowania tego przepisu „musi mieć miejsce w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”. Zakres zastosowania przepisu w aspekcie temporalnym jest więc wyznaczony przez prawodawcę całkowicie jednoznacznie. Wobec tego również kategoryczne, co głośnie stwierdzenie GDDKiA, jakoby art. 24 ust. 2a PZP odnosił się również do okoliczności identyfikowanych nawet w trzecim roku po ogłoszeniu postępowania jest oczywiście nieprawidłowe i zmierza do niedopuszczalnego, *contra legem* rozszerzenia zakresu zastosowania przepisu. Co więcej, przyjęta przez Zamawiającego interpretacja opiera się na założeniu, że w zasadzie okres, w którym wykonawca miałby ponosić odpowiedzialność na mocy art. 24 ust. 2a Pzp jest nieskończony (trwa tak długo jak długo zamawiający będzie prowadził postępowanie), co stoi w oczywistej sprzeczności z jednoznacznymi regulacjami unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych. Podkreślił, że Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania niemal trzy lata po pierwszym stwierdzeniu, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zwrócił uwagę także na kwestię, że działanie GDDKiA musi zostać ocenione negatywnie również w kontekście treści art. 7 ust. 1 Pzp. Sytuacja, w której Zamawiający w toku postępowania trzykrotnie potwierdził, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu (29.08.2016 r., 30.05.2017 r. oraz 6.03.2018 r.), w następstwie których podjął decyzję o wyborze oferty Salini (6.03.2018 r.), by ostatecznie stwierdzić, że jednak wykonawca ten podlega wykluczeniu ze względu na okoliczności znane Zamawiającemu przed każdą z wymienionych dat, jest nie do pogodzenia z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszystko to prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie miał nawet formalnych podstaw do twierdzenia, że zarzucane Odwołującemu naruszenia mogą być podstawą do wykluczenia Salini na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, przez co naruszył ten przepis, a także art. 26 ust. 2a oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego braku spełnienia przesłanek stosowania art. 24 ust. 2a Pzp i zaniechanie przez GDDKiA wykonania obowiązków w zakresie dowodzenia i uzasadnienia czynności o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podał, że niezależnie od wykazanego powyżej braku formalnych podstaw do stosowania art. 24 ust. 2a Pzp, należy stwierdzić, że nie zaistniały także merytoryczne przesłanki do jego zastosowania, a przy tym Zamawiający całkowicie zignorował swoje obowiązki w zakresie należytego ustalenia, udowodnienia i uzasadnienia podstaw wykluczenia.

Podkreślił, że analiza informacji mających uzasadnić wykluczenie prowadzi do następujących wniosków, że:

A. wskazane w czynności okoliczności nie mogą zostać uznane za „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” ;

B. Zamawiający wbrew obowiązkowi nie podjął nawet próby wykazania, że doszło do „kwalifikowanej postaci naruszenia, tj. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa

C. Zamawiający nie udowodnił zarzutów postawionych Odwołującemu w informacji o wyborze ;

D. Zamawiający w nieprawidłowy pod względem formalnym sposób „przeprowadzić czynność wykluczenia Salini, w szczególności nie przeprowadzając niezbędnych w takim przypadku czynności wyjaśniających, a także szczegółowo nie przedstawiając w uzasadnieniu podstaw wykluczenia.

Niespełnienie powyższych przesłanek prowadzi zdaniem Odwołującego do wniosku, że Zamawiający w sposób jaskrawy naruszył obowiązujące przepisy Pzp. Działania GDDKiA charakteryzuje całkowite zlekceważenie fundamentalnych zasad unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych, do których należy przede wszystkim obowiązek równego traktowania wykonawców, a także zasada proporcjonalności. Zamawiający całkowicie zignorował fakt, że mechanizm uregulowany w art. 24 ust. 2a Pzp nie może być wykorzystywany do zautomatyzowanego eliminowania wykonawców, z którymi zamawiający pozostają w sporach cywilnych wynikających z innych umów, lecz - jak jednoznacznie potwierdzono w orzecznictwie unijnym - jego celem jest „eliminacja naprawdę nierzetelnych wykonawców” która nade wszystko musi być przeprowadzona z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Wskazał, że w działaniu wykonawcy Salini brak jest jakichkolwiek naruszeń, które dałoby się zakwalifikować jako „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma podstaw by zarzucać Odwołującemu, że kiedykolwiek dopuścił się on czynów, będących nienależytym wykonaniem zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie, kwalifikowanych umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość tego przedsiębiorcy.

Wskazał, że GDDKiA całkowicie pomija, iż w świetle ugruntowanej linii orzeczniczej krajowych i unijnych organów wyspecjalizowanych w rozstrzyganiu spraw z zakresu prawa zamówień publicznych pojęcie „poważne wykroczenie” odnosi się do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub poważne niedbalstwo z jego strony, „tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Wbrew pogładowi Zamawiającego, dla stwierdzenia popełnienia poważnego naruszenia obowiązków

zawodowych niewystarczające jest formułowanie całkowicie nieudowodnionych ocen i wielokrotne akcentowanie gołosłownych stwierdzeń o rzekomo „istotnych problemach leżących po stronie Wykonawcy, co do prawidłowego i terminowego realizowania Robót zgodnie z zatwierdzonym Programem”. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp nie może być również oparte wyłącznie na prostym odnotowaniu (i to w sposób tendencyjny) opóźnień w wykonaniu umów, przypadków nałożenia kar umownych, prowadzenia polemiki pomiędzy stronami umowy w ramach rozbudowanej korespondencji.

Należy kategorycznie stwierdzić, że z całą pewnością okoliczności przypisywane Salini nie mogą stanowić podstawy do zastosowania art. 24 ust. 2a Pzp. Przy czym wniosek ten nie jest wyłącznie poglądem Salini, lecz wynika jednoznacznie z ugruntowanego stanowiska Izby. Wśród wielu podobnych orzeczeń najdobitniej pogląd ten wyrażono w wyroku z dnia 16 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO 1383/16, w którym Izba potwierdziła, że art. 24 ust. 2a Pzp odwołuje się wyłącznie do rażących naruszeń obowiązków zawodowych i nie można odnosić go do wszelkich, ewentualnych uchybień w realizacji zobowiązań kontraktowych .

Przede wszystkim należy jednak podkreślić, że zarzuty stawiane przez Zamawiającego są nieprawdziwe lub co najmniej oparte na tendencyjnym i wybiórczym doborze okoliczności faktycznych. Realizację wszystkich wymienionych w Informacji o wykluczeniu inwestycji realizowanych przez Salini Zamawiający opisał bowiem w sposób niepełny, całkowicie przemilczając fakt, iż zarówno przyczyny przywoływanych okoliczności faktycznych, jak i ich skutki prawne są pomiędzy stronami sporne. Potwierdza to zresztą korespondencja prowadzona pomiędzy stronami umów na realizację inwestycji wymienionych w Decyzji, którą to korespondencją Zamawiający w całości dysponuje, a przynajmniej tak deklaruje.

Nieprawdziwe bądź przedstawione wybiórczo i tendencyjnie okoliczności przywołane przez GDDKiA mają na celu podważenie wiarygodności Salini, jako przedsiębiorcy o światowej renomie profesjonalnego wykonawcy. Jest przy tym znamienne, że Zamawiający świadomie pomija, iż Salini od lat z sukcesami realizuje wiele zaawansowanych technologicznie projektów infrastrukturalnych, w tym na rzecz GDDKiA. Tytułem przykładu można przywołać realizację inwestycji „Budowa drogi ekspresowej S7 Kraków - Rabka Zdrój”, w ramach której odcinek realizowany przez Salini jest najbardziej zaawansowanym z trzech prowadzonych w ramach jednego Kontraktu GDDKiA, a Odwołujący utrzymuje wzorową jakość prowadzonych robót (dotychczas wykonano 25675 badań i testów zgodnie ze specyfikacjami technicznymi, a tylko 2 badania sprawdzające dały negatywne wyniki, co daje imponujący rezultat 99,992% wyników pozytywnych i jest przykładem wyjątkowego profesjonalizmu).

Pomimo tego Zamawiający skupia się wyłącznie na innych inwestycjach, a przy tym opisuje uwarunkowania ich realizacji w sposób skrajnie tendencyjny, wobec czego należy w niezbędnym zakresie odnieść się do nieprawdziwych zarzutów sformułowanych przez

Zamawiającego w Decyzji. Należy kategorycznie stwierdzić, że wszystkie twierdzenia Zamawiającego dotyczące stanu faktycznego są nieprawdziwe, niepełne i nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w zakresie drogi S8 pominął w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu szeregu faktów istotnych dla oceny zaistniałego stanu faktycznego. Jako przykłady wskazał że:

- Zamawiający pomija, iż Salini (i) stanowczo zaprzeczyło skuteczności dokonanego przez Zamawiającego odstąpienia, (ii) wezwało Zamawiającego do należytej realizacji umowy, a po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego Zamawiającemu (iii) to Salini odstąpiło od umowy.

- Zamawiający nierzetelnie opisał kwestię ostatniego powiadomienia w trybie Subklauzuli 15.1 przekazanego Wykonawcy po zakończeniu przerwy zimowej. Przedłużająca się z przyczyn niezależnych od Salini zmiana kierownika budowy i brak stosownych działań Zamawiającego, pomimo wielokrotnych wniosków Salini, spowodowała, iż w okresie po 16 marca 2018 roku co najmniej do 23 kwietnia 2018 roku - bez dzienników budowy - Wykonawca nie miał realnej możliwości prowadzenia robót (czego Zamawiający ma pełną świadomość). Okoliczności powodujące to opóźnienie poprzedzają wystosowane przez Zamawiającego do Wykonawcy wezwanie w trybie Subklauzuli 15.1. Powoływanie się przez Zamawiającego na fakt zbyt słabej mobilizacji sprzętu i personelu na placu budowy w marcu i kwietniu 2018 roku, jest nie tylko nieudowodnione, ale i wręcz zupełnie chybione.

- Liczba powiadomień skierowanych do Wykonawcy w trybie Subklauzuli 15.1 przez okres realizacji umowy nie świadczy o tym, jakoby Wykonawca wykazywał się „brakiem profesjonalizmu” w rozumieniu art. 24 ust. 2a PZP. Wykonawca nie pozostawał bierny wobec tych wezwań i (i) odpowiadał na te powiadomienia, często kwestionując ich zasadność lub (ii) wykonywał polecenia tam zawarte - w części, która istotnie miała uzasadnienie w świetle postanowień umów i bieżącego stanu ich realizacji.

- Bezpośrednio przed przerwą zimową tj. w grudniu 2017 r. do użytku została oddana główna oś drogi S8 - obwodnicy Marek, co podważa tezę o rzekomym rażącym braku profesjonalizmu Salini.

- Nieprawdziwa jest teza o rzekomym „zamiarze niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań według Kontraktu - w maju 2018, tj. w okresie bezpośrednio poprzedzającym złożenie (bezszykownego) oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego systematycznie postępowala mobilizacja Wykonawcy, a dzienna ilość kursów samych dostaw piasku wynosiła do 150 kursów dziennie, zatem również teza jakoby Wykonawca „porzucił Roboty jest biegunowo odmienna od rzeczywistego stanu na budowie na dzień 17 maja 2018 r.

- Zamawiający musi mieć świadomość, że przyczyną ewentualnych uchybień w realizacji tego projektu, była niełojalna postawa konsorcjanta Salini - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex sp. z o.o. (dalej jako „Pribex” - w tym zarówno brak płatności na rzecz podwykonawców, niezgłaszanie podwykonawców dopuszczanych do realizacji robót - co doprowadziło do odsunięcia Pribex od dalszej realizacji umowy w listopadzie 2017 roku). Działania Pribex nie mogą być podstawą do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec Salini na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Zamawiający nie wykazał na czym miałyby polegać szkoda, której brak naprawienia przez Wykonawcę rzekomo uzasadnia odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Strony tej umowy prowadzą spór co do tego, która z nich skutecznie odstąpiła od umowy, a co za tym idzie - która ze stron wyrządziła drugiej szkodę przez nienależyte wykonanie swoich zobowiązań kontraktowych. Sam Zamawiający w Decyzji ani nie wykazał istnienia szkody w jego majątku co do zasady, ani też nie skwantyfikował wartości tej abstrakcyjnej szkody.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego, iż Odwołujący również w sposób nieprawidłowy realizuje inne kontrakty, na które Zamawiający wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, podał, że:

Kontrakt na budowę autostrady A1 odcinek F - w. Rząsawa (z węzłem - w. Blachownia (z węzłem)

- Od blisko roku prawidłowa i terminowa realizacja umowy A1F nie jest możliwa z uwagi na fakt, iż Zamawiający wbrew postanowieniom umowy nie akceptuje umów podwykonawczych, co jest przedmiotem roszczenia nr C-053. Sytuacja ta powoduje, że Odwołujący nie miał możliwości prowadzenia robót zgodnie z zaakceptowanym Programem Robót - z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego.

Kontrakt na budowę drogi S7 Radom (Jedlińsk) - Jędrzejów, ode. w. Chęciny - Jędrzejów

Zgodnie z ostatnim Przejściowym Świadectwem Płatności na koniec kwietnia 2018 zaawansowanie rzeczowe realizacji tej umowy to 74,03%.

- Salini odpowiedział na wszystkie wymienione pisma GDDKiA, a Zamawiający w swoich pismach informował o stwierdzonych opóźnieniach na budowie, w żadnym stopniu jednak nie odnosił ich do problemów zgłaszanych przez Salini.

- Wykonawca na bieżąco informował Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego o opóźnieniach w realizacji Kontraktu, zaś przyczyny tych opóźnień nie leżały po stronie Wykonawcy. W efekcie napotykanym utrudnień (opisanych szczegółowo w korespondencji kontraktowej) przesunięciu ulegały terminy i kolejność wykonywania robót. Wykonawca występował do Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego z roszczeniami o przedłużenie Czasu na Ukończenie.

- Zamawiający zaaprobował zmianę terminu realizacji umowy uznając, iż istniały ku temu przesłanki kontraktowe. Oczywistym jest, iż przedłużenie Czasu na Ukończenie nigdy

nie następuje z przyczyn, za które winę ponosi Wykonawca. Tym samym opóźnienia w realizacji umowy wynikały z okoliczności, za które Wykonawca winy nie ponosi.

Kontrakt na budowę drogi S3 Nowa Sól - Legnica (A4), zadanie III od w. Kaźmierzów do w. Lubin Północ

- Problemy wymienione w Decyzji stanowią wyłączną winę Pribex - partnera Salini w konsorcjum, realizującego tę inwestycję, co nie budzi wątpliwości i powinno być wiadome również Zamawiającemu. Podobnie jak w przypadku projektu S8 Marki, w listopadzie 2017 r. Pribex został odsunięty od dalszej realizacji kontraktu (z uwagi na ograniczenia wynikające z Pzp nie jest możliwe wykluczenie Pribex z konsorcjum, lecz podjęte przez Salini działania mają w istocie efekt równoznaczny z wykluczeniem Pribex z konsorcjum).

W świetle powyższych uwag nie ulega zatem wątpliwości, że o ile nawet wskazywane przez Zamawiającego uchybienia miały miejsce - czemu Odwołujący zaprzecza - to z całą pewnością niedopuszczalne jest uznanie ich za kwalifikowaną postać naruszenia, do której odnosi się art. 24 ust. 2a Pzp.

Ponadto Odwołujący całkowicie zaprzecza wszelkim twierdzeniom Zamawiającego, jakoby wskazywane w Decyzji okoliczności przypisywane Odwołującemu, były zawinionymi przez Salini naruszeniami poważnych obowiązków zawodowych. W szczególności Odwołujący zaprzecza nieprawdziwym twierdzeniom GDDKiA dotyczącym stanu faktycznego związanego z realizacją poszczególnych, wymienionych w Decyzji kontraktów stwierdzając w odniesieniu do wszystkich zamówień (inwestycji) przywołanych w Decyzji, że:

- nie jest prawdą jakoby Salini nie zapewnił dostatecznego zaangażowania i mobilizacji personelu oraz sprzętu,
- Salini podejmował wszelkie działania niezbędne dla prawidłowej realizacji zawartych umów,
- część spośród przywoływanych przez Zamawiającego okoliczności była spowodowana niezgodnym z umową działaniem GDDKiA,
- Odwołujący konsekwentnie realizował zawarte umowy i nigdy nie okazywał „zamiaru niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań”, a także nigdy nie porzucił żadnych robót,
- Salini zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wywiązywał się ze swoich zobowiązań względem podwykonawców, a także przestrzegał zarówno prawnych jak i kontraktowych obowiązków w zakresie korzystania ze wsparcia podwykonawców,
- w ramach Odwołujący składał roszczenia, które potwierdzają nieprawidłowe działania zamawiających, które utrudniały realizację poszczególnych inwestycji.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że nie jest prawdą, jakoby nie reagował na wezwania, polecenia, bądź inną korespondencję związaną z realizacją poszczególnych inwestycji. Salini odpowiadał na pisma i przedstawiał szczegółowe i polemiczne stanowiska do twierdzeń

formułowanych w dokumentacji na, którą powołuje się Zamawiający w Załączniku nr 1 Decyzji.

Odwołujący odnosząc się do kwestii niewłaściwego wykonywania kontraktów dla zamawiającego podał, że w sprawie brak jest wykazania winy Salini w postaci zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Dla zastosowania art. 24 ust. 2a Pzp, konieczne jest udowodnienie, że zidentyfikowane przez Zamawiającego naruszenia zostały popełnione wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, tymczasem w odniesieniu do żadnego z przywoływanych kontraktów Zamawiający tego nie wykazał. W tym kontekście uzasadnione jest przywołanie stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. XII Ga 219/17, który w sprawie precedensowej i uznawanej powszechnie za wzorzec interpretacji pojęcia „poważne naruszenia obowiązków zawodowych” podjął następujące rozstrzygnięcie: „samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przez które należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, (...) bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności.

(...) Rażące niedbalstwo nie może być traktowane jako równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 kc. Rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej staranności, to zachowanie graniczące z umyślnością. (...). W wyroku TS z dnia 13 grudnia 2012r. (C-465/11) wskazano, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy i wykazania, że nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, przy czym nastąpiło to w wyniku rażącego niedbalstwa” .

Z treści informacji o wyborze wynika niezbicie, że Zamawiający w ogóle nie podjął nawet próby ustalenia, że ewentualne naruszenia miały charakter zawiniony, i czy:

- w świetle „zindywidualizowanej ocen/ ewentualną winę można przypisać właśnie wykonawcy Salini;
- ewentualnie zidentyfikowana wina ma postać „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”, o których mowa w art 24 ust. 2a PZP.

Zamawiający nie wykonał tym samym obowiązków wynikających z treści art. 24 ust. 2a Pzp. Nie ulega natomiast wątpliwości, że gdyby nawet taką próbę podjął musiałby dojść do wniosku, że nie ma podstaw do zastosowania tego przepisu. Po pierwsze należy bowiem podkreślić, że żadne spośród wskazywanych zdarzeń nie wynikało z okoliczności zawinionych przez Salini. Tytułem przykładu można wskazać, że nawet w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych, nadzwyczajnych zjawisk atmosferycznych, Odwołującemu odmawiano odpowiedniego przedłużenia czasu na ukończenie robót, choć sam Inżynier kontraktu potwierdzał że były to okoliczności niezawinione przez Salini i wpływały na zaistniałe opóźnienia.

Po drugie wskazał, że należy kategorycznie odrzucić przyjęty przez Zamawiającego błędny sposób argumentowania, który opiera się na przypisywaniu Odwołującemu odpowiedzialności za działania innych podmiotów. Jak podkreślono powyżej ocena ewentualnej winy danego wykonawcy musi być zindywidualizowana. Wbrew twierdzeniom GDDKiA (str. 18 informacji) ustanowiona w art. 141 Pzp odpowiedzialność solidarna konsorcjantów jest odpowiedzialnością solidarną dłużników w rozumieniu art. 366 KC, w ramach której wszyscy konsorcjanci są łącznie zobowiązani do spełnienia świadczenia. W żadnym wypadku nie można natomiast uznać, by solidarna odpowiedzialność kontraktowa obejmowała obowiązek współponoszenia innych niż cywilnoprawne konsekwencji niezgodnych z prawem działań pozostałych konsorcjantów. Już w samej treści art. 24 ust. 2a Pzp wynika, że „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który (...) poważnie naruszył obowiązki zawodowe”, a nie wykonawcę, którego konsorcjant lub jakkolwiek podmiot powiązany z nim gospodarczo naruszył jakiegokolwiek obowiązek. Należy przy tym podkreślić, że art. 24 ust. 2a Pzp nie odnosi się do problematyki spełniania świadczeń cywilnoprawnych, lecz jego funkcją jest penalizowanie przypadków rażącego braku profesjonalizmu. Zarówno w polskim, jak i w unijnym porządku prawnym naczelną zasadą jest brak zbiorowej odpowiedzialności karnej, administracyjnej lub istotnie do nich podobnej za niepopelnione czyny - warto podkreślić, że szczególnie w ostatnim czasie w orzecznictwie TSUE szczególnie mocno eksponowana jest zasada indywidualizowania działań wykonawców i przypisywania ich skutków wyłącznie tym wykonawcom, którzy rzeczywiście działania te realizowali. Z tego właśnie powodu TSUE, a w ślad za nim KIO, tak mocno akcentuje konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności oraz zindywidualizowanej oceny działań wykonawcy, który miałby podlegać wykluczeniu ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Wobec powyższego należy kategorycznie odrzucić możliwość wyciągania konsekwencji wobec Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp ze względu na negatywną ocenę działalności podmiotów trzecich.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał również, jakoby okoliczności zarzucane Salini wynikały z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W tym zakresie GDDKiA ograniczyła się wyłącznie do sformułowania wielu gołosłownych ocen oraz przeglądu powszechnie znanego orzecznictwa. Odwołujący całkowicie odrzuca nieuprawnione oskarżenia, jakoby jakiegokolwiek jego działania były umyślnie ukierunkowane na naruszenie jakichkolwiek zobowiązań wobec swoich kontrahentów. Zarazem w świetle opisanych już okoliczności faktycznych jest oczywiste, że sposób realizacji poszczególnych inwestycji przez Salini nie odbiega od rynkowej praktyki i nie może być kwalifikowane jako „rażące niedbalstwo”, charakteryzowane przez samego Zamawiającego jako „niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się”. Wniosek ten znajduje przy tym oparcie zarówno w analizie funkcjonowania rynku robót budowlanych w Polsce, a także w zestawieniu z działalnością konkurentów Salini uczestniczących w niniejszym Postępowaniu, co dodatkowo prowadzi do oczywistego naruszenia art. 7 ust. 1 PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W świetle powyższych uwag potwierdziło się zdaniem Odwołującego, że również przesłanka winy nie została spełniona. Zamawiający całkowicie zignorował, że dla zastosowania art. 24 ust. 2a PZP konieczne jest wykazanie istnienia okoliczności podważających uczciwość konkretnego wykonawcy z przyczyn kwalifikowanych jego zamierzonym działaniem lub jego rażącym niedbalstwem, tj. okoliczności, które mają charakter dalece zindywidualizowany. Wobec tego należy podsumować, że:

- nie podejmując jakiegokolwiek próby ustalenia czy za wskazane w Decyzji okoliczności Salini ponosi jakąkolwiek winę, a także
- obciążając Odwołującego sankcją (wykluczenia), z powodu działań innych podmiotów,

Zamawiający jaskrawo naruszył art. 24 ust. 2a PZP (w tym w zw. z art. 141 PZP) w zakresie obowiązku ustalenia, że ewentualne naruszenia wystąpiły w wyniku zamierzonego działania i rażącego niedbalstwa.

Zwrócił uwagę także na kwestię, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających jego twierdzenia. W odniesieniu do kwestii formalnych Zamawiający całkowicie zignorował obowiązek przedstawienia wiarygodnych dowodów. Ze względu na niezwykle doniosły charakter sankcji przewidzianej w art. 24 ust. 2a PZP prawodawca nałożył na zamawiających szczególne obowiązki w zakresie dowodzenia. w informacji o wyborze Zamawiający ograniczył swoje twierdzenia dowodowe wyłącznie do powtarzania w istocie różnych wariantów tych samych gołosłownych ocen. Zupełnie pozbawione podstaw i nieprawidłowe jest poprzestanie na sformułowaniu przez GDDKiA nieudowodnionego stwierdzenia, że rzekome naruszenia umów realizowanych przez Salini powinny być kwalifikowane jako rażące niedbalstwo.

W kolejnym zarzucie Odwołujący wskazał na nieprawidłowe uzasadnienie informacji o wykluczeniu i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W związku z brakiem dowodów potwierdzających popełnienie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Salini - które zresztą nie mogły zostać przedstawione, bo takie naruszenie nie miało miejsca - i oparcie się na bezpodstawnych i niezweryfikowanych przypuszczeniach Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2) i 3) Pzp w zw. z art. 24 ust. 2a Pzp oraz art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Podkreślił, że Zamawiający również w aspekcie czysto formalnym przeprowadził czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania sposób nieprawidłowy. Mianowicie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp zobowiązuje Zamawiającego by wykluczając wykonawcę podał uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia. Za takie z pewnością nie można uznać rozbudowanego opisu zawierającego wyłącznie niezwykle ogólne spostrzeżenia o działalności Salini, których nie powiązano konkretnymi dokumentami, faktami, lub jakimikolwiek dającymi się skwantyfikować wnioskami.

Jeśli jednak Zamawiający powziął wątpliwości co do należytego wykonywania przedmiotowych kontraktów przez Salini to przed podjęciem ewentualnej decyzji o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2a Pzp winien był co najmniej wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Tymczasem GDDKiA uniemożliwiła Odwołującemu przedstawienie swojego stanowiska i w sposób arbitralny wykluczyła go z postępowania. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w niniejszej sprawie było w pełni uzasadnione i celowe, skoro Zamawiający powołuje się na okoliczności wynikające wszakże z analizy wykonania innych kontraktów na rzecz innych zamawiających.

Na konieczność wezwania do wyjaśnień wskazuje także przytoczony powyżej fakt, że brak podstaw wykluczenia Salini został trzykrotnie potwierdzony przez Zamawiającego. GDDKiA nie zasygnalizowała jednak Odwołującemu by od ostatniego takiego formalnego potwierdzenia (6 marca 2018 r.) zaistniały nowe okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenie, że Salini popełniło poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Reasumując argumentację zaprezentowaną dla uzasadnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów podał, że Zamawiający wykluczył Salini wbrew literalnemu brzmieniu art. 24 ust. 2a PZP określającym, że przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do okoliczności występujących „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”, ale także całkowicie zignorował przesłanki wykluczenia, a także ciężącym na nim ciężar dowodowy.

Bezspornie okoliczności przywoływane przez GDDKiA nie mogą zostać zakwalifikowane jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego. Odnosząc się do podniesionych zarzutów podał, że rozstrzygając postępowanie po raz pierwszy, tj. dokonując w dniu 6 marca 2018 r. wyboru oferty Salini Zamawiający uznał ją za

najkorzystniejszą. W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 503/18, konieczne stało się powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W toku tych powtórzonych czynności zaistniały nowe okoliczności, w szczególności o których mowa poniżej, dotyczące sposobu wykonywania przez Odwołującego zobowiązań wynikających z zawartych umów, które świadczą o dopuszczeniu się przez Salini poważnych naruszeń obowiązków zawodowych i o braku zdolności po stronie Odwołującego co do należytego wywiązywania się przez niego z przyjętych na siebie obowiązków. Salini w treści odwołania, na poparcie swojej argumentacji, przedstawia własną interpretację przepisu art. 24 ust. 2a Pzp, określając jego treść jako „niebudzącą wątpliwości”. Odwołujący stawia tezę, jakoby przesłankę okresu 3 lat przed wszczęciem postępowania należało traktować wyłącznie tak, jak wynika to z jego własnej interpretacji, tymczasem przepis nie może być interpretowany w oderwaniu od celu dla jakiego został ustanowiony.

Wskazać należy, że ratio legis przepisów umożliwiających wykluczanie wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia przemawia za tym, aby Zamawiający jako podmiot realizujący zadania publiczne mógł powierzyć wykonanie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji. Interpretacja przepisu zaprezentowana przez Odwołującego zniekształca sens omawianej instytucji. W wyroku z dnia 23 listopada 2012 r. sygn. 2522/12 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że błędna jest interpretacja odwołującego jakoby przesłankę okresu trzech lat przed wszczęciem postępowania należało interpretować literalnie. Izba stwierdziła, że rozumowanie Odwołującego sprowadzające się do twierdzenia, że rozwiązanie umowy będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych może nastąpić jedynie w okresie pomiędzy trzema latami wstecz przed wszczęciem postępowania, a jego wszczęciem. Izba wskazała, że: () taka interpretacja przeczyłaby w ocenie Izby ratio legis omawianego przepisu, przez wprowadzenie którego ustawodawca dążył do eliminacji nierzetelnych wykonawców z postępowania. Zatem uznać trzeba, że zamiarem ustawodawcy w art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych było określenie początkowego terminu, w którym może nastąpić rozwiązanie będące podstawą wykluczenia - a termin końcowy, w którym to rozwiązanie może nastąpić, nie został w przepisie określony, zatem stać się to może aż do momentu podpisania umowy (tak jak do tego momentu mogą zaistnieć inne spośród przesłanek negatywnych - np. ogłoszenie upadłości wykonawcy może mieć miejsce już po otwarciu ofert czy nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej

Podkreślił, że wątpliwości na gruncie interpretacji sformułowania ustawodawcy „w okresie trzech lat” były już podnoszone na gruncie kolejnych, nowelizowanych brzmień art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Pomimo pewnych rozbieżności orzeczniczych w tym zakresie logiczne jest, iż owo określenie czasu powinno się traktować jako cezurę - punkt graniczny początku okresu 3-letniego liczonego wstecz (tj. zdarzenia, które nastąpiło nie wcześniej w czasie niż

3 lata przed wszczęciem postępowania), ale nie wykluczającego okresu na przyszłość tj. pomiędzy wszczęciem postępowania a dniem składania ofert/wniosków lub zawarciem umowy.

Podkreślił, że ustawa Pzp nie określa chwili „na którą” zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania. Owszem, w orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu bada się na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Poza tym analizując przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 Pzp można zauważyć, że niektóre mogą wystąpić dopiero po złożeniu ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu .

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, jednak jest to tylko określenie obowiązku wykonawców w tym zakresie, głównie w postaci przedstawienia odpowiednich dokumentów. Należy jednak zauważyć, że jest to tylko pewien etap rozpoczynający czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Podkreślił, że postępowanie kończy się zawarciem umowy (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt. III CZP 103/10, zgodnie z którą treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego). Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w każdym momencie do zakończenia postępowania, czyli do chwili zawarcia umowy.

Ponadto ustawa Pzp nie wprowadza zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania, a zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności, które miałyby wpływ na dokonaną ocenę, nie powinien ich pominąć - stałoby to bowiem w zupełnej sprzeczności z celem wprowadzenia art. 22 ust. 1 i art. 24 Pzp, które niewątpliwie mają dawać zamawiającemu co najmniej minimum gwarancji, że zamówienie będzie powierzone wykonawcy, który będzie w stanie je wykonać prawidłowo, Tym samym nieracjonalne byłoby odczytywanie zamierzenia ustawodawcy wskazanego w art. 24 ust. 2a Pzp jako nakierowanego na wykluczenie z podstaw wykluczenia okresu po wszczęciu postępowania. Co więcej, stan taki - jako bardziej aktualny niż mający miejsce dwa lub trzy lata przed wszczęciem postępowania - może być wręcz bardziej niebezpieczny dla realizacji przyszłego zamówienia niż ten, który zaistniał w bardziej odległej przeszłości. Zamawiający prowadzący postępowanie zobowiązani są oceniać treść złożonych dokumentów na dzień składania wniosków lub ofert. Ponownie wskazać należy, że ustawa Pzp w żadnym miejscu nie ustanawia zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zasadność takiej weryfikacji wykonawcy pod kątem braku podstaw do

wykluczenia z udziału w postępowaniu wywieść należy z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, takich jak zasada konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości postępowania, których zamawiający, jak również wszyscy uczestnicy postępowania, zobowiązani są przestrzegać na każdym na każdym etapie postępowania, i których naruszenie prowadzi do jego wadliwości.

Podkreślił, że gdy zamawiający zdecydował się na zastosowanie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 2a Pzp, wówczas w przypadku zaistnienia podstaw do wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia nierzetelnego wykonawcy, jest on zobowiązany do jego wykluczenia.

W odpowiedzi wskazał także przykłady zawinionych poważnych naruszeń obowiązków zawodowych przez Odwołującego w okresie już po wszczęciu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający podniósł także, iż można wskazać szereg naruszeń obowiązków przez Odwołującego popełnionych w okresie przed wszczęciem postępowania. Jako przykład wskazał na dwa powiadomienia o okolicznościach mających wpływ na realizację kontraktu numer 228/2014.

Podkreślił także, iż Zamawiający wielokrotnie informował Odwołującego o ryzyku niedotrzymania realizacji poszczególnych Kamieni Milowych, co wiązało się z brakiem możliwości realnego zaplanowania przepływu środków finansowych po stronie GDDKiA. W związku z faktem, że środki na realizację kontraktów pochodzą z obligacji, brak realizacji zakładanych uprzednio przerobów z przyczyn leżących po stronie Odwołującego wiąże się z dodatkowymi kosztami dla Skarbu Państwa.

Pismem z dnia 17 maja 2018 r., nr: O.WA, 1-4.KP-6.4170.1.2018.420.AŁ Zamawiający odstąpił od umowy nr 228/2014 z dnia 28.11.2014 r. zawartej z konsorcjum Salini Polska sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych Export-PRIBEX Sp. z o.o., Salini-Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie oraz TODINI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A., na realizację zadania inwestycyjnego na rzecz Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd. t’ Z podziałem na zadania: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł Marki” (bez węzła - węzeł „Kobyłka”). Zamawiający wykonał prawo odstąpienia na podstawie postanowień ww. umowy, jak również na podstawie art. 635, 636 g 1 w zw. z art. 656 5 1 Kodeksu cywilnego.

W oświadczeniu o odstąpieniu Zamawiający szczegółowo opisał przyczyny odstąpienia. Odstąpienie było poprzedzone kilkukrotnym wezwaniem Odwołującego do poprawienia w trybie Subklauzuli 15.1 Szczególnych Warunków Kontraktu Jest to klauzula, na mocy której Zamawiający lub Inżynier ma prawo żądać od wykonawcy podjęcia określonych działań w wyznaczonym czasie, gdy wykonawca nie spełnia swoich zobowiązań według Kontraktu lub w inny sposób narusza postanowienia Kontraktu. Wezwania nie przynosiły jednak

oczekiwanego skutku i nie spowodowały odpowiednich działań naprawczych po stronie Odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż „nie jest prawdą, jakoby nie reagował na wezwania, polecenia, bądź inną korespondencję związaną z realizacją poszczególnych inwestycji, czego dowodzi załączony do niniejszego odwołania wykaz pism, w których Salini przedstawiał szczegółowe i polemiczne stanowiska do twierdzeń formułowanych w dokumentacji, na którą powołuje się Zamawiający...” podał, że Zamawiający potwierdza, że Odwołujący na każdym realizowanym kontrakcie kieruje do Zamawiającego obszerną korespondencję i polemizuje z niemal każdym działaniem Zamawiającego. Jednakże w ślad za tą korespondencją Odwołujący nie podejmował jednak rzeczywistych działań, nawet tych do których sam się zobowiązuje (na przykład w programach naprawczych).

Podkreślił, że kierowane do Odwołującego wezwania na podstawie Subklauzuli 15.1 SWK były stosowane jest wyłącznie w sytuacjach poważnego zagrożenia prawidłowej i terminowej realizacji inwestycji, gdy inne środki kontraktowe okazują się bezskuteczne, a wykonawca w dalszym ciągu nie respektował zobowiązań Kontraktowych. Stwierdził, że w sytuacji kiedy Zamawiający wielokrotnie wzywa do poprawy, a Wykonawca uporczywie nie wykonuje działań naprawczych, bez wątpienia kwalifikuje się jako „rażące niedbalstwo”.

Wskazał, że analizując podstawy do odstąpienia od realizacji umowy na S8 po skierowaniu w/w wezwań do Odwołującego to od dnia ich złożenia, do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu, Odwołujący nie podjął odpowiednich działań, które mogłyby świadczyć o wdrożeniu działań w tym przede wszystkim dodatkowej mobilizacji ludzi i sprzętu. Zamiast podjąć kroki w celu odwrócenia niekorzystnej tendencji i nadrobić straty powstałe od początku realizacji Kontraktu, Odwołujący dopuścił do zwiększenia rozbieżności między planowanym przerobem, a faktycznym wykonaniem. Mimo np. przedstawienia przez Odwołującego, na wezwanie Inżyniera Kontraktu w trybie Subklauzuli 8.6 SWK, harmonogramu wykonania poszczególnych asortymentów Robót (czyli uznania tych terminów przez Wykonawcę za odpowiednie i realne), Salini tych terminów nie dochował i to w zakresie licznych elementów Robót, szczegółowo wymienionych w oświadczeniu Zamawiającego o odstąpieniu od umowy. Stwierdził, że nie chodziło o drobne uchybienia co do terminowego wykonania zamówienia, ale były to uchybienia na tyle długotrwałe i poważne, że nie miały wpływu na terminowe ukończenie zamówienia.

Wskazał, że na S8 zaangażowanie w realizację kontraktu zarówno osób jak i sprzętu było zdecydowanie niższe niż to deklarował Odwołujący. Ponadto wskazał, że po zejściu z terenu budowy z końcem kwietnia wykonawcy Pribex to roboty na budowie praktycznie ustały. Tym samym nie było szans na dalsze prawidłowe wykonywanie zamówienia.

Podkreślił, że sytuacja opisana powyżej pozwalała na jednoznaczne stwierdzenie, że Odwołujący otwarcie okazuje swój zamiar niekontynuowania wykonywania swoich

zobowiązań według Kontraktu, a wręcz że de facto porzuca roboty. Niewątpliwie uprawniała ona Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego jakoby ten nigdy nie okazywał zamiaru niekontynuowania swoich zobowiązań, a także nigdy nie porzucił żadnych robót stwierdził, że faktycznie patrząc na korespondencję Odwołującego na kontrakcie można by uznać to twierdzenie za prawdziwe, jednak faktyczne zaangażowanie Wykonawcy na palcu budowy, opisane szczegółowo w dokumentacji kontraktowej i przykładowo przywołane powyżej, jednoznacznie potwierdzają prawidłowość wniosków wyciągniętych przez Zamawiającego.

Działania Odwołującego poprzedzające odstąpienie od umowy cechowały się uporczywością, rażącym niedbalstwem, zawinionym zaniechaniem, które doprowadzić do niewykonania zamówienia. Obowiązki zawodowe Odwołującego, do których należało zaprojektowanie, wybudowanie drogi ekspresowej S8 dla Zadania I, uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie drogi ekspresowej S8 oraz oddanie do użytkowania drogi ekspresowej S8, zostały szczegółowo uregulowane w Warunkach Kontraktu. Obowiązki te zostały poważnie naruszone, o czym świadczy nie tylko faktyczne porzucenie Robót, o czym mowa powyżej, ale i także poważne naruszenia podstawowych obowiązków kontraktowych. Zamawiający stwierdził także przypadki zlecenia wykonania części Robót, Usług i Dostaw bez formalnego potwierdzenia tego faktu, tj. umowy bądź aneksów z podwykonawcami do zawartych wcześniej umów. Wykonawca w ten sposób unikał zastosowania procedury przewidzianej w Subklauzuli 4.4. SWK, zgodnie z którą Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą robót budowlanych i zastosowania ewentualnych uwag Zamawiającego lub (w przypadku usługodawców i dostawców) przedłożenia umowy potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Sytuację taką także uznać należy niewątpliwie za zawinione działanie Odwołującego, gdyż postanowienia SWK określające procedurę zgłoszenia podwykonawców są Odwołującemu znane, nie ulegały zmianie w toku realizacji Kontraktu i stanowią standard stosowany w zamówieniach publicznych. Odwołujący, który realizując przedmiotowy Kontrakt niemal w całości opierał się na zasobach podwykonawców i tym samym musi znać i potrafić prawidłowo realizować procedurę zgłoszenia podwykonawców. Tym bardziej, iż Salini należy do grupy generalnych wykonawców, których model biznesowy polega na opieraniu się w bardzo dużym stopniu na zasobach podwykonawców. Procedura zgłoszenia podwykonawców nie zawiera zbędnych wymagań, które mogłyby profesjonalnemu wykonawcy nastęrczać trudności.

Wskazać należy także, że Odwołujący i Zamawiający przesłali do Izby dodatkowe pisma procesowe. Odwołujący na pierwszej rozprawie odnosząc się do złożonego pisma nadmieniał, że jego treść stanowi uzupełnienie treści odwołania poprzez doprecyzowanie

podniesionych zarzutów oraz przedstawionej argumentacji. Natomiast Zamawiający składając pismo w dniu 7 sierpnia stwierdził, że zawiera ono odniesienie się do treści ww. pisma Odwołującego. Izba stwierdza, że brak jest podstaw do składania przez Odwołującego pism będących uzupełnieniem treści odwołania jeżeli upłynął już termin na wniesienie odwołania. Tym samym pismo to Izba brała pod uwagę w zakresie dowodowym, tj. oceniła wskazane dowody oraz treści stanowiące odniesienie do danej sytuacji tylko w zakresie w jakim dotyczyło to zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi na odwołanie, pism procesowych stron, przedłożonych dowodów, opinii prawno-naukowej złożonej przez odwołującego oraz stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie podzieliła zasadności wszystkich podniesionych w nim zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym sprzed 28 lipca 2016 roku, kiedy weszła w życie nowelizacja art. 24 Pzp, w wyniku której przepis art. 24 ust. 2a utracił moc obowiązującą.

Wskazać należy, że art. 24 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. W szczególności chodzi o przypadki, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych.

Podkreślić należy, że przepis ten po części przejął uregulowania z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zawierającego obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przepis ten został uznany za niezgodny z prawem unijnym. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC

Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, EU:C:2012:801, uznał bowiem niezgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy 2004/18/WE.

Wskazać należy, że w powołanym na wstępie orzeczeniu z dnia 13 grudnia 2012 r. C 465/11 Trybunał uznał, że pojęcie "poważne wykroczenie zawodowe" obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, których naruszenie stwierdza właściwy organ dyscyplinarny ustanowiony lub prawomocne orzeczenie sądowe. Dowody przy pomocy których Zamawiający będzie mógł wykazać poważne naruszenie obowiązków będą musiały potwierdzać istotny charakter naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy, prowadzących z jego winy do niewykonania lub nienależytego wykonania umów. Nowa podstawa wykluczenia, w miejsce dotychczasowej z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczy bowiem jedynie zawinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych przez wykonawcę, wynikających z celowego działania lub rażącego niedbalstwa, skutkujących niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego, a więc sytuacji istotniejszych niż zapłata kary umownej lub wyrządzenie szkody w wysokości 5% wartości zamówienia publicznego, które były podstawą wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust.1 pkt 1a Pzp.

Izba wskazuje, że dla wykazania ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. 24 ust 2a Pzp (tj. dla wykazania nierzetelności wykonawcy) należy dowieść, iż zachowanie wykonawcy pozwala na przypisanie jemu celowego działania lub rażącego (a nie zwykłego) niedbalstwa i że zachowanie to nosi znamiona poważnego zawinionego, naruszenia obowiązków zawodowych.

Przechodząc do oceny podniesionych zarzutów odwołania wskazać należy, że Odwołujący nie tylko kwestionował prawidłowość jego wykluczenia z postępowania, ale także możliwość zastosowania przepisu art. 24 ust.2a Pzp w przedmiotowym stanie faktycznym.

W zarzucie pierwszym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust.2a Pzp, ponieważ – zdaniem Odwołującego – z treści tego przepis wynika możliwość jego stosowania tylko do zdarzeń zaistniałych do 3 lat przed wszczęciem postępowania. W tym zakresie Odwołujący stwierdził, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, aby w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania naruszył obowiązki zawodowe, czym dopuścił się rażącego niedbalstwa w przedmiocie niewykonania lub nienależytego wykonania na rzecz zamawiającego zamówienia.

W zakresie tego zarzutu KIO uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że błędna jest interpretacja Odwołującego, jakoby przesłankę okresu trzech lat przed wszczęciem postępowania należało interpretować tylko

literalnie. W zakresie stosowania wykładni przepisów prawa wskazać należy, że w sytuacji, gdy wykładnia językowa nie usuwa wszystkich wątpliwości interpretacyjnych, konieczne jest odwołanie się do wykładni systemowej i funkcjonalnej. W szczególności należy uczynić to wówczas, gdy jasny i niebudzący wynik wykładni językowej prowadzi do zniekształcenia zamiaru prawodawcy oraz celu takiej regulacji prawnej.

W uchwale z dnia 17 marca 2000 r. (I KZP 2/00, OSNKW z 2000 r, Nr 3-4, poz. 221, cyt. za L. Morawski, op. cit., str. 213), Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „zastosowanie jedynie wykładni językowej, z pominięciem np. wykładni celowościowej i systemowej, nie jest wystarczające i prowadzi może do wniosków sprzecznych z przyjętymi przez ustawodawcę założeniami”, a w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z 25 stycznia 1995 r. (W 14/94) stwierdzono, że w doktrynie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy językowe dyrektywy interpretacyjne nie pozwalają z badanego tekstu prawnego wyinterpretować praktycznie jednoznacznej normy postępowania, odwołujemy się zwykle do założenia racjonalności prawodawcy.

Zdaniem Izby, możliwość stosowania tego przepisu tylko do zdarzeń zaistniałych do 3 lat przed wszczęciem postępowania, w stanie faktycznym sprawy, przeczyłaby *ratio legis* omawianego przepisu, ponieważ możliwe byłoby wykluczenie wykonawcy w sytuacji kiedy naruszenie obowiązków zawodowych miałyby miejsce prawie sześć lat temu (do trzech lat przed wszczęciem, a więc od 2012 r.), a niedopuszczalne byłoby wykluczenie w oparciu o zdarzenia bieżące, determinujące często możliwość wykonywania kolejnych zamówień przez danego wykonawcę. Izba uznaje, że celem tego przepisu było wprowadzenie do Pzp możliwości eliminacji nierzetelnych wykonawców z postępowania. Zatem uznać trzeba, że zamiarem ustawodawcy w zakresie uregulowania z art. 24 ust. 2a Pzp nie było określenie początkowego terminu, w którym może nastąpić zdarzenie będące podstawą wykluczenia wykonawcy, a terminu końcowego, w którym to rozwiązanie może nastąpić do czasu zawarcia umowy z wykonawcą.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał interpretacji normy prawnej zawartej w przedmiotowym przepisie prawa i dlatego też uznała podniesiony zarzut za niezasadny. Zauważyć należy jednak, że Zamawiający nie był konsekwentny w prezentowanym w tym zakresie stanowisku, gdyż w odpowiedzi na odwołanie wskazał (str. 9) na nienależyte wykonywanie kontraktu nr 228/2014, realizowanego przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, o czym wykonawca był informowany pismem z 28 listopada 2014 r. Powyższe stanowisko nie miało wpływu na ocenę tego zarzutu przez Izbę.

W zakresie kolejnego zarzutu braku pełnego wskazania w Informacji o wyborze najkorzystniejszej podstawy faktycznej i prawnej przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba, po analizie treści tej Informacji, przedmiotowy zarzut uznała za niezasadny.

Izba podkreśla, że Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Powyższe jest niezwykle istotne, m.in. z uwagi na prawo do obrony przez wykonawcę oferty przez wniesienie środków ochrony prawnej i podnoszenie argumentów na własną korzyść

Za wyrokiem SO w Koszalinie z dnia 9.04.2015, sygn. akt VII Ca160/15, zaznaczyć należy, że uzasadnienie faktyczne zawiadomienia wykonawcy o odrzuceniu jego oferty, czy wykluczeniu z postępowania może być zwięzłe i nie musi przedstawiać i omawiać wszystkich dowodów.

Dokonując analizy informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i jej porównania z treścią zarzutów, argumentacji i dowodów złożonych w tej sprawie przez zamawiającego stwierdzić należy, że zakres prezentowanej argumentacji w trakcie rozpraw przed KIO był szerszy niż wskazano to w Informacji o wyborze, ale – zdaniem Izby – nie miało to wpływu na uzyskanie przez Odwołującego informacji o podstawach wykluczenia. Ta nowa argumentacja nie stanowiła *novum* merytorycznego, czyli nowych podstaw do wykluczenia Odwołującego nie wymienionych w Informacji, co uniemożliwiłoby zakwestionowanie tego stanowiska w odwołaniu do KIO. Powyższe potwierdza również zachowanie procesowe Odwołującego, który kwestionując prawidłowość informacji o wykluczeniu nie podniósł zarzutu, iż wskazywane przez Zamawiającego podstawy wykluczenia nie były mu znane i w związku z tym nie mógł na etapie składania odwołania zakwestionować argumentacji Zamawiającego o podstawie jego wykluczenia z postępowania. Nowe dowody składane przez Zamawiającego mające uzasadniać czynność wykluczenia Odwołującego i nie mogą być, zdaniem Izby, utożsamiane z nowymi okolicznościami w sprawie. Odnosząc się do powyższego Izba uznała przedstawione uzasadnienie wykluczenia za wystarczające. Zamawiający wskazał podstawy prawne i faktyczne wykluczenia, a także wskazał przyczyny wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W zakresie kolejnych zarzutów odwołania, dotyczących braku podstaw do przyjęcia, że Odwołujący dopuścił się naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a także zarzutu braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych podstaw wykluczenia, Izba dokona łącznej oceny tych zarzutów.

Izba na wstępie oceny tych zarzutów stwierdza, że przedmiotowe postępowanie miało na celu ocenę prawidłowości czynności Zamawiającego w kwestii wykluczenia wykonawcy z postępowania w świetle podstaw wskazanych w piśmie z dnia 26 czerwca 2018 r. – informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a więc wskazanych na ten dzień podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zwrócenia uwagi wymaga kwestia, że w poprzednio obowiązującym w tym zakresie stanie prawnym Izba dokonywała badania prawidłowości rozwiązania przez Zamawiającego z wykonawcą umowy oraz oceniała jaki procent umowy przed jej rozwiązaniem nie został przez wykonawcę wykonany. W stanie prawnym, odnoszącym się do tego postępowania, Izba ocenia tylko wskazane przez zamawiającego zdarzenia wynikłe z działania lub zaniechania wykonawcy, które miały uzasadniać uznanie, że wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, a nastąpiło to z zawinionego i celowego działania lub rażącego niedbalstwa. Wymienione w art. 24 ust. 2a Pzp przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy muszą wystąpić kumulatywnie.

W odniesieniu do tych zarzutów Odwołujący w szczególności podnosił, że Zamawiający całkowicie zignorował swoje obowiązki w zakresie należytego ustalenia i udowodnienia zaistniałych podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający unikając spełnienia obowiązków w zakresie dowodowym obciążył skutkami niewłaściwego (według Zamawiającego) wykonywania kontraktów tylko wykonawcę Salini będącego tylko członkiem konsorcjum realizującym wskazywane kontrakty drogowe. Odwołujący wskazywał, że niewątpliwie występujące problemy na robotach kontraktowych są wynikiem trudności we współpracy z Zamawiającym lub z konsorcjantami wchodzącymi wraz z Odwołującym w skład konsorcjum. Wskazał, że stanowisko Zamawiającego o obciążaniu winą za wszelkie niedoskonałości w realizacji zamówienia Odwołującego Salini stanowi naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności i przejrzystości. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma podstaw by zarzucać Odwołującemu, że kiedykolwiek dopuścił się on czynów będących nienależyтым wykonaniem zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie, kwalifikowanych umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość tego przedsiębiorcy. Zarzuty stawiane przez Zamawiającego są nieprawdziwe lub co najmniej oparte na tendencyjnym i wybiórczym doborze okoliczności faktycznych.

Zamawiający odpowiadając na powyższe zarzuty podał, że na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia należy traktować jednakowo z wykonawcą samodzielnie występującym w postępowaniu. Dodał, że przesłanka wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2a Pzp znajdzie również zastosowanie w stosunku do wszystkich uczestników konsorcjum, jeśli doszło do zakończenia umowy w okolicznościach wskazanych w tym przepisie, w tym także, gdy z powodu odpowiedzialności choćby jednego z konsorcjantów, samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami, będącego stroną umowy, została ona przez zamawiającego rozwiązana. Tym samym uznał, że niezależnie zatem od stopnia winy któregośkolwiek z konsorcjantów, wszyscy członkowie konsorcjum ponoszą winę za nienależyte wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba na wstępie wskazuje, że członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. Odpowiedzialność solidarna oznacza, że zamawiający może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Solidarność dłużników oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między członkami konsorcjum podziału zadań. Wskazane w umowie konsorcjum części zamówienia, do wykonania których zobowiązali się poszczególni jego członkowie nie wiążą zamawiającego. Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Konsorcjanci odpowiadają więc solidarnie przed zamawiającym wyłącznie za terminowe i zgodne z przedmiotem zamówienia wykonanie zawartej umowy oraz wniesienie zabezpieczenia.

W związku z wyjątkowym charakterem regulacji kształtującej odpowiedzialność solidarną wykonawców, wymienionych przesłanek solidarności oraz jej konsekwencji dla wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia nie należy interpretować rozszerzająco.

Odnosząc powyższe do stanowiska Zamawiającego, że solidarność członków konsorcjum za wykonanie zamówienia zezwala, w oparciu o art. 24 ust. 2a Pzp, dokonać wykluczenia każdego z członków konsorcjum w nowym postępowaniu, jeżeli konsorcjum dopuściło się naruszenia obowiązków zawodowych przy realizacji kontraktu, Izba uznała za niezasadne.

Zdaniem Izby stanowisko takie nie może być bezkrytycznie akceptowane. Trudno wskazać na racjonalne argumenty mogące uzasadniać wykluczenie każdego z członków konsorcjum w sytuacji, kiedy za zaniedbania w wykonywaniu zamówienia nie można przypisać winy całemu konsorcjum. Zdaniem Izby zupełnie niezasadnym byłoby np. przy wykonywaniu robót budowlanych realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” przez konsorcjum, w skład którego wchodzi zazwyczaj także biuro projektowe, uznanie także winy tego wykonawcy w sytuacji, kiedy naruszenie obowiązków zawodowych miało miejsce na etapie wykonywania robót budowlanych i nie miało żadnego związku z wykonaną dokumentacją projektową.

Powyższy wywód, zdaniem Izby, ma na celu wykazanie, że nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, jakoby bycie członkiem konsorcjum obarczało każdego z jego członków w takim samym stopniu winą za niewłaściwe wykonanie, czy też wykonywanie zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że solidarność członków konsorcjum dotyczy wykonania umowy. Niezasadnym, w opinii składu orzekającego, jest przyjęcie jako zasady stanowiska, że konsekwencje tej solidarności przy realizacji danego zamówienia, a właściwie nieprawidłowego jego wykonywania, rozciągają się na inne późniejsze zamówienia, gdzie członkowie tego konsorcjum zamierzają ubiegać się o ich realizację. Taka interpretacja art.

24 ust. 2a Pzp, bez chociażby podjęcia próby wykazania za pomocą dowolnych środków dowodowych, że winnym naruszenia obowiązków zawodowych jest konkretny członek konsorcjum, zdaniem Izby, wskazuje na rozszerzającą interpretację podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Za wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2015 roku sygn. akt KIO 793/15, stwierdzić należy, że „koniecznym jest – w świetle art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – wykazanie przez zamawiającego, że niewykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę (członka konsorcjum) było zawinione”, „Uwzględniając wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, której niezbędnym elementem jest wina wykonawcy (w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo), a także fakt, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nawet nie wskazał, na czym wina (...) przy realizacji umowy z dnia (...) polegała, o jej wykazaniu nie wspominając, uznać należy, że zamawiający nie mógł wykluczyć odwołującego się konsorcjum na podstawie ww. przepisu”.

Wskazać należy, że z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania było niewątpliwie skutkiem uznania przez Zamawiającego, że konsorcjum Salini, realizując kontrakty drogowe w zakresie S8; S3, S7 i A1 dopuściło się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Jednakże w informacji tej brak jest wskazania, który członek (lub którzy członkowie) konsorcjum ponosi winę w niewłaściwym wykonywaniu zamówienia oraz dopuścił się w tym zakresie zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co było skutkiem zamierzonego jego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamawiający, zgodnie z przyjętą zasadą, że przesłanka wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2a Pzp znajdzie zastosowanie w stosunku do wszystkich uczestników konsorcjum biorących udział w realizacji kontraktu, takiej oceny nie dokonał.

W przedmiotowej sprawie kłóć się ze sobą stanowiska Zamawiającego wskazującego, że na realizacji kontraktu na S8 definitywny wpływ na jego wykonanie miał wykonawca Salini, a z drugiej wskazywanie, że wykonawca Pribex (odsunięty przez Salini) miał być tym wykonawcą, na którym spoczywał ciężar wykonania niemalże w całości zamówienia na S8. Tym samym nie broni się teza, że głównym wykonawcą był członek konsorcjum Salini i to on odpowiada za całość zdarzeń, które według Zamawiającego uzasadniały wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Zamawiający nie dokonał indywidualnej oceny, który z członków konsorcjum ewentualnie dopuścił się do naruszenia obowiązków zawodowych, nie wykazując także, iż w tym zakresie podjął jakiegokolwiek działania. Zdaniem Izby przy tak radykalnej konsekwencji dla członków konsorcjum jak wykluczenie określonego podmiotu z postępowań o udzielenie zamówień

publicznych na okres kilku lat, nie powinno być przyjmowane jako zasadne stanowisko, że wszyscy członkowie konsorcjum są tak samo winni niewykonania zamówienia.

W przedmiotowej sytuacji zwrócić należy także przede wszystkim uwagę na fakt, iż pomiędzy wykonawcą, który został wykluczony z tego postępowania (tylko Salini Impregilo S.p.A), a wykonawcą realizującym wszystkie kontrakty drogowe (konsorcjum), występuje brak tożsamości podmiotowej. Mamy do czynienia z innym podmiotem ubiegającym się o uzyskanie kolejnego zamówienia. Na potrzebę indywidualnej oceny możliwości wykluczenia wykonawców w oparciu o ww. przepis zwrócił uwagę SO w Warszawie w wyroku z dnia 29.10.2012 r., sygn. akt V Co 2015/12, gdzie w podobnej sprawie przy zmianie podmiotowej wykonawcy Sąd stwierdził, że mechanizm wykluczania wykonawców z postępowania ma charakter wyjątkowy i nie powinien być przedmiotem żadnych kontrowersji, skoro skutkiem zastosowania tego przepisu jest wykluczenie z powszechnie dostępnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które nie spełniają oczekiwań ustawodawcy. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady powszechnej dostępności w procedurze zamówień publicznych, wyrastającej z zasad swobody działalności gospodarczej i równości wobec prawa.

Na potrzebę indywidualnej oceny działania każdego z członków konsorcjum wskazał także Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu C-387/14, zwanym Esaprojekt, w którym stwierdził, że dla oceny nabytego doświadczenia przy realizacji robót w ramach konsorcjum należy brać pod uwagę indywidualne doświadczenie wykonawcy wynikające tylko z zakresu realizowanych przez niego zadań, a nie całości konsorcjum. Tym samym niezbędna jest zindywidualizowana ocena działań wykonawcy, który miałby podlegać wykluczeniu w innym postępowaniu, w sytuacji kiedy poprzednie zamówienie było realizowane w ramach konsorcjum, a nie przez tego wykonawcę samodzielnie. Izba zdaje sobie sprawy, że oczekiwanie to może okazać się w niektórych przypadkach trudne do ustalenia, ale nie może być akceptowalny pogląd – jak w tym postępowaniu – że brak jest potrzeby podjęcia jakichkolwiek działań celem ustalenia przyczynienia się danego konsorcjanta do niewykonania zamówienia. Niewątpliwie Zamawiający dysponował materiałem dowodowym umożliwiającym dokonanie ustaleń w tym zakresie. Przywoływał na rozprawie szereg okoliczności i dokumentów, w oparciu o które można by sformułować stanowisko co do przyczynienia się każdego z konsorcjantów do zaistnienia stanu skutkującego odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego.

Przechodząc do oceny zdarzeń które – zdaniem Zamawiającego – stanowiły podstawę do odstąpienia od realizacji umowy na S8 Izba na wstępie wskazuje, że poza oceną Izby jest kwestia zasadności odstąpienia Zamawiającego od umowy z Odwołującym na realizację trasy S8. Nie mieści się ona w kognicji Izby, gdyż nie dotyczy etapu postępowania o udzielenie zamówienia, ale etapu jego realizacji. Jednakże, biorąc pod

uwagę fakt wywodzenia zarzutów odwołania z zastrzeżeń Zamawiającego co do prawidłowości wykonywanych przez Odwołującego umów na kontrakty drogowe, Izba poddała ocenie prawidłowość wskazywanych przez Zamawiającego określonych skutków prawnych ze zdarzeń, które, zdaniem Zamawiającego, uzasadniały wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.2a Pzp.

Na wstępie podkreślić należy, że oparciu o przepis art. 24 ust.2a Pzp można wykluczyć wykonawcę z postępowania, jeżeli ten wykonując wcześniejsze zamówienie w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. W szczególności chodzi o przypadki, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Istotnym elementem treści tego przepisu jest „należytość wykonania zamówienia”. Definicji należytego wykonania zamówienia nie znajdziemy w ustawie Pzp. Dlatego też w tym zakresie należy odwołać się do przepisów kodeksu cywilnego. Na gruncie kodeksu cywilnego (art. 355 § 1 k.c.) przez należyłą staranność należy rozumieć określony sposób postępowania mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model, wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (powinności). Należytość jako cecha wymaganej staranności pozostaje z powodu niedookreślenia pojęciem elastycznym zarówno co do treści, jak i co do stopnia abstraktyzacji. Niewątpliwie przyjęty wzorzec postępowania nazywany należyłą starannością musi być zawsze odnoszony do konkretnej sytuacji i okoliczności sprawy.

Odnosząc powyższe do treści art. 24 ust. 2a Pzp stwierdzić należy, że skoro wykluczenie wykonawcy jest decyzją eliminacyjną, to przesłanki wykluczenia muszą być ściśle interpretowane. Dlatego też wszelkie dodatkowe sformułowania opisujące postępowanie wykonawcy mające uzasadniać rozciągnięcie możliwości wykluczenia wykonawcy na inne nawet bardzo podobne zawinienia, niezależnie czy łagodniejsze w stosunku do przepisu ustawy, czy bardziej restrykcyjne, muszą być traktowane jako prawnie nieistniejące. Konsekwencją braku dookreślenia podstawy wykluczenia jest konieczność bardzo dokładnego i indywidualnego badania każdego przypadku. Przesłanki wykluczenia nierzetelnego wykonawcy z przetargu publicznego muszą zostać spełnione kumulatywnie. Brak spełnienia chociażby jednej z nich stanowi o niedopuszczalności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał na 4 kontrakty, w tym na S8, gdzie Zamawiający odstąpił od umowy z konsorcjum Salini oraz trzech kontraktów w oparciu o które realizowane są nadal kontrakty na S3; S7 i A1. Odnosząc się do powyższego, zdaniem Izby, wskazać należy, że Zamawiający, jak podał na rozprawie, we wszystkich tych kontraktach zastrzegł możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a Pzp. Jednocześnie ustalono, że kontrakty

na S3, S7 oraz A1 są nadal realizowane przez konsorcja, w których członkiem jest także Odwołujący. Także niespornym jest fakt, że Odwołujący samodzielnie realizuje kontrakt na budowę odcinka S7 – Skomielna.

Podkreślić należy, że Zamawiający, który ustali fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania i wskaże przy zaistnieniu jakich sytuacji będzie wykluczał wykonawcę, to w przypadku wystąpienia tych przesłanek jest zobowiązany do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Odnosząc powyższe ustalenie do nadal realizowanych kontraktów Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż przy realizacji tych kontraktów doszło do spełnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawców, gdyż gdyby nastąpiło wypełnienie przesłanki wykluczenia, to Zamawiający nie miałby innej możliwości, jak dokonać czynności wykluczenia tych wykonawców z postępowania. Podkreślić należy, że zarówno w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jak i odpowiedzi na odwołanie w zakresie kontraktów realizowanych nadal z udziałem Salini, Zamawiający jednoznacznie stwierdzał, że zaistniałe zdarzenia na tych nadal realizowanych kontraktach miały istotne znaczenie dla wykluczenia Odwołującego z postępowania. Biorąc pod uwagę te ustalenia Izba uznała, że podstaw do wykluczenia wykonawcy z niniejszego postępowania należy poszukiwać tylko w realizacji kontraktu na S8.

Wskazać należy, że Zamawiający na potwierdzenie zasadności wykluczenia Salini z postępowania przywołał cały szereg dowodów mających potwierdzać, że czynność Zamawiającego była prawidłowa, przy czym zakres tych dowodów był zdecydowanie szerszy niż te wskazane w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający, w zakresie podstaw do odstąpienia od kontraktu na S8, wskazał, iż wielokrotnie wzywał wykonawcę do prawidłowego i terminowego realizowania tej umowy. Podkreślił, że na podstawie subklauzuli 15.1 FIDIC wystosował 5 wezwań, które jednak nie przyniosły trwałej poprawy w realizacji kontraktu. Po chwilowej poprawie następował znowu okres stagnacji na budowie. Wskazał, że wykonawca ten nie dochowywał podjętych ustaleń do realizacji harmonogramu robót, a zaniechania w tym zakresie były długotrwałe i poważne. Zamawiający wskazywał także na zbyt małe zaangażowanie potencjału osobowego, jak i sprzętu, aby zamówienie wykonać w terminie. Przykładowo wskazano na zaangażowanie osób i sprzętu w miesiącach marzec i kwiecień 2018 r., z których ma wynikać, że liczba zaangażowanych osób i jednostek sprzętu jest na poziomie zaledwie kilku procent w stosunku do założeń Harmonogramu robót. Podnosił także, że występują znaczne opóźnienia w wypłatach należności dla podwykonawców, co zmusiło Zamawiającego do bezpośredniej płatności dla podwykonawców na kwotę 1 210 620,07 zł. Reasumując powyższe Zamawiający stwierdził, że wskazane działania i zaniechania wykonawcę na S8 cechowały się rażącym niedbalstwem i stanowiły poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Oceniając wskazaną podstawę faktyczną do wykluczenia Odwołującego z postępowania zdaniem Izby stwierdzić należy, że przedstawiane naruszenia są pokazywane w sposób ogólny, bez ich uszczegółowienia w zakresie niezbędnym, aby możliwe było stwierdzenie, że fakt dokonanych naruszeń „zamawiający wykazał za pomocą dowolnych środków dowodowych”, a wykazanie jest niewątpliwe. Jednym z istotnych zarzutów wskazanych w informacji o wykluczeniu jest kwestia zaległości w płatności należności dla podwykonawców. Jednakże Zamawiający nie wykazał, czy rzeczywiście Odwołujący ze swoich środków wypłacił z tego tytułu w miejsce zobowiązanego członka konsorcjum Pribex ponad 100 ml złotych (stwierdzając podwójną płatność), a także nie wykazał jaki wpływ na taką zaległość ma fakt, że Zamawiający wstrzymał w październiku 2017 r. płatności dla konsorcjum Salini. Izba uznaje, że brak płatności podwykonawcom przez wykonawcę jest naganne i sprzeczne z prawem, ale dla zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2a Pzp nie została wykazana wina Salini, jako członka konsorcjum, w zaniechaniu płatności w powyższej sytuacji.

Izba podkreśla, że nie każda zaistniała cywilistyczna podstawa do rozwiązania kontraktu z wykonawcą może skutkować automatycznie wykluczeniem go z zupełnie innego postępowania w którym ten wykonawca bierze udział. Stanowisko takie można wywieść chociażby z orzeczenia Sądu Okręgowego w Krakowie, który w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. XII Ga 219/17, wskazał, że samo „poważne naruszenia obowiązków zawodowych” wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego w celu rozwiązania kontraktu i jednocześnie może nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych.

Nadto wskazać należy, że zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, poważne naruszenie obowiązków zawodowych należy utożsamiać raczej z brakiem profesjonalizmu w postępowaniu, a nie z zaniedbaniem, czy brakiem staranności przy realizacji zamówienia (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. XII Ga 219/17) .

Oceniając postrzeganie przez Zamawiającego postępowania wykonawcy Salini, realizującego w szczególności w ramach konsorcjów szereg kontraktów, stwierdzić należy, że Zamawiający przewartościował rolę licznych, nawet jednostkowych, zdarzeń w działalności Salini przy realizacji tych kontraktów, uznając je ze względu na ich wskazywaną ilość i uciążliwość we współpracy, za rażące naruszenie obowiązków zawodowych.

Na takie podejście ze strony Zamawiającego wskazują treści zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz złożonym piśmie procesowym, gdzie przykładowo na str 3 Zamawiający podaje „Całokształt zdarzeń i nieprawidłowości zaistniałych na poszczególnych kontraktach, jeszcze przed odstąpieniem, za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący (...) spowodował utratę zaufania Zamawiającego do Wykonawcy oraz stworzyły przekonanie GDDKiA, że

Odwołujący nie może być traktowany jako rzetelny i wiarygodny wykonawca.”. Brak jest mowy o konkretnym naruszeniu obowiązku zawodowego, ale jest wskazywana jako podstawa do wykluczenia ogólna ocena wykonawcy Salini przy realizacji kontraktów na rzecz Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów wobec wykonawcy Salini na kontrakcie S8 wskazać należy, że Zamawiający wszystkie negatywne oceny wykonawcy przy realizacji robót adresował nie do konsorcjum wykonawców, które ten kontrakt realizowało, ale wyłącznie do Salini, jednocześnie nie wykazując dowodowo, że winnym zaniedbań i naruszeń jest wyłącznie Odwołujący.

Podkreślić należy także, że przed odstąpieniem od umowy Zamawiający ani nie informował Odwołującego w oparciu o jakie dowody zamierza odstąpić od umowy. Zdaniem Izby pomimo braku wyraźnego odesłania w art. 24 ust. 2 do art. 26 ust. 4 Pzp to jednakże, aby zastosować sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający winien ustalić i udowodnić wszystkie przesłanki wykluczenia określone w ww. przepisie. Takie obiektywne ustalenie podstaw do wykluczenia wydaje się co najmniej trudne bez udziału wykonawcy, przy braku jego odniesienia się do ustalonych podstaw odrzucenia. Zdaniem składu orzekającego taka wykładnia art. 24 ust. 2a Pzp prowadziłaby do arbitralnego wykluczania wykonawców z postępowania, bez ustalenia przesłanek wykluczenia i wykazania, że wskazane przyczyny wykluczenia rzeczywiście zaistniały. Aby zebrać dowolne środki dowodowe i ocenić, czy stanowią one podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędnym wydaje się wezwanie wykonawcy do odniesienia się do tych dowodów.

Zauważyć należy także, że wykonawca może nie wiedzieć o wszystkich podstawach, w oparciu o które Zamawiający zamierza wykluczyć go z możliwości udziału w innym postępowaniu w szczególności, jak w tym postępowaniu, kiedy Salini uczestnicząc w różnych konsorcjach brał udział w realizacji kontraktów dla różnych Oddziałów Zamawiającego.

Odnosząc się do naruszeń w zakresie profesjonalizmu wykonywania kontraktu na S8 wskazać należy, iż co do każdej z nich nie zostało wykazane, że powstałe naruszenia były wynikiem zamierzonego działania wykonawcy Salini. Przykładowego odniesienia się wymaga chociażby naruszenie polegające na wtargnięciu zwierzyny – „dzików” na trasę S8, co skutkowało groźnym zdarzeniem drogowym. Zdaniem Izby takie zdarzenie może być podstawą do uznania poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, gdyż jego przyczyną mogą być nieprawidłowości w prawidłowym wykonaniu ogrodzenia. Jednakże, aby takie ustalenie mogło nastąpić to Zamawiający winien wykazać – udowodnić przy pomocy dowolnych środków dowodowych, jaka faktycznie była przyczyna, że zwierzęta mogły wtargnąć na ogrodzony teren S8. Nie zostały obalone twierdzenia Odwołującego, że

przyczyny, np. uszkodzenie siatki ogrodzeniowej, czy otwarcia bramy wjazdowej nie było spowodowane działaniem wykonawcy kontraktu, a być może np. działaniem osób trzecich zainteresowanych wejściem na teren budowy. Nie wykazano w który miejscu trasy zwierzęta wtargnęły na teren S8, czy – jak twierdzi Zamawiający miało to miejsce na wysokości zjazdu do Zielonki, czy też – jak twierdzi Odwołujący – że ewentualnie mogło to mieć miejsce na wysokości skrzyżowania trasy S8 z drogą wojewódzką, na której brak jest zabezpieczeń, a zwierzęta się przemieściły po terenie. Samo wskazanie przez Zamawiającego, że „Straż Miejska oraz Policja stwierdziły, że do wypadku doszło z powodu braku odpowiednich zabezpieczeń na tym odcinku” nie stanowi podstawy do uznania, że zaniedbania w tym zakresie przez wykonawcę zostały udowodnione. Jako dowód w tym zakresie Zamawiający powołuje informacje zamieszczone na stronie internetowej.

Izba analizując powyższe ustalenia stwierdza, że Zamawiający wskazał na cały szereg naruszeń konsorcjum przy realizacji trasy S8, tworzących negatywną ocenę prawidłowości realizacji kontraktu, ale nie wykazał przez udowodnienie faktu zaistnienia chociażby jednej sytuacji, która w sposób kategoriyczny pozwalałaby uznać, że wykonawca Salini w sposób zamierzony i zawiniony dopuścił się naruszenia obowiązków zawodowych.

Stwierdzenie zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. Niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać na niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem (por. wyrok C-465/11, pkt 30).

Podkreślić należy, że dowody wskazywane przez Zamawiającego na poparcie jego stanowiska o naruszeniu obowiązków zawodowych przez Odwołującego winny potwierdzać fakt zaistnienia naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy oraz ich istotny charakter, prowadzących z jego winy do niewykonania lub nienależytego wykonania umów zamówieniowych. Nie jest wystarczające powoływanie się na szereg różnego rodzaju nieprawidłowości, ale niezbędnym jest wykazanie i udowodnienie zaistnienia zdarzenia, które bez wątplenia takie rażące naruszenie obowiązków zawodowych stanowi. Podkreślić w tym zakresie należy także to, iż Zamawiający na obecnym etapie postępowania, jako podstawę wykluczenia Odwołującego Salini wskazuje okoliczności, które były znane Zamawiającemu przed dokonaniem wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zasadnym jest przywołanie w tym zakresie stanowiska Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie sąd w wyroku z dnia 29 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt V Ca 1982/12, w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1a Pzp, stwierdził, że „W postępowaniu o

zamówienie publiczne, w którym zamawiający zamierza zastosować podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 24 ust. 2a ustawy istotne jest, czy zamawiający ma dostateczne podstawy, odpowiednio uzasadnione, by uznać, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w sposób odpowiednio zawiniony”. Izba w tym postępowaniu uznała, że Zamawiający takich podstaw w sposób jednoznaczny nie wykazał.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2a i 26 ust. 4 Pzp potwierdził się, w konsekwencji czego odwołanie zostało uwzględnione. Zamawiający w tej sytuacji jest zobowiązany do przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie

.....