**Sygn. akt: KIO 80/19**

**WYROK**

**z dnia 30 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Ewa Sikorska**

**Członkowie: Robert Skrzeszewski**

**Bartosz Stankiewicz**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **R. S.,** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **T. P.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **R. S.** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **R. S.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawcy **R. S.** na rzecz **Województwa Mazowieckiego – Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……..

……

……

**Sygn. akt: KIO 80/19**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Mazowieckie – Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inspektora nadzoru dla zadania: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 579 relacji Kazun Polski- Leszno- Błonie - Grodzisk Mazowiecki - Radziejowice na odcinku od km 41+272 do km 52 +714 (rzeczywisty kilometraż: od km 41+178 do km 51+599) na terenie gmin Grodzisk Mazowiecki, Radziejowice; powiatów grodziskiego i żyrardowskiego, województwa mazowieckiego (odc. Grodzisk Mazowiecki - Radziejowice)".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 stycznia 2019 roku wykonawca R. S. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1.niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności wykluczenia odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,

2.zaniechaniu poddania ocenie oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu,

3.wyborze jako najkorzystniejszej oferty D. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KND INVEST D. Z. z/s w Zambski Kościelne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., polegające na nieuzasadnionym wykluczeniu odwołującego z uwagi na przyjęcie przez zamawiającego, że odwołujący przedstawił w dokumencie JEDZ informacje niezgodne z rzeczywistością, które to działanie miałoby być skutkiem jego rażącego niedbalstwa, w związku z czym doszło także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

2.Art. 87 § 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w stosunku do informacji uzyskanych od Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach, co przyczyniłoby się do starannego wyjaśnienia treści oferty odwołującego przez zamawiającego.

3.Art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego według kryteriów oceny ofert wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i dokonanie oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego.

Mając na uwadze przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

1.unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonania oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego,

2.dokonania ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu nin. odwołania. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaby oceniona według kryteriów oceny wskazanych w s.i.w.z., a mając na uwadze, że była ofertą najkorzystniejszą pod względem kryterium ceny, odwołujący odniósłby korzyść w związku z realizacją zamówienia publicznego. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku. Powyższe niezaprzeczalnie dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego z środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że pismem z dnia 09 stycznia 2019r. zamawiający - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie powiadomił oferentów przetargu nieograniczonego o numerze postępowania 206/18 o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez D. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KND Invest oraz wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. odwołującego. Zamawiający wskazał, że odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu oraz udzielając dalszych wyjaśnień w trybie art. 25 ust. 1 P.z.p., wprowadził zamawiającego w błąd wskazując w treści JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejsza umową.

Zamawiający na podstawie przesłanych dokumentów przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach (dalej też ŚZDW) ocenił bowiem, że do rozwiązania zawartej przez oferenta z ŚZDW w wyniku nieograniczonego przetargu publicznego umowy z nr 6/96/3 9/AW/2017 doszło z winy wykonawcy tj. R. S. PHU BAUMARK.

Odwołujący wskazał, że przesłane do zamawiającego przez ŚZDW dokumenty, są niezupełne, a zarazem wyrwane z kontekstu sprawy, gdyż korespondencja ta nie zawiera chociażby odpowiedzi firmy PHU BAUMARK, jak i całego materiału dowodowego znajdującego się w aktach toczącego się procesu sądowego oraz postępowania karnego prowadzonego w związku z przestępstwem nadużycia uprawnień przez urzędników ŚZDW w Kielcach stypizowanego, w art. 231 Kodeksu karnego.

Odwołujący stwierdził, że pismem z dn. 05.12.2018 roku poinformował zamawiającego, że w związku z licznymi naruszeniami prawa cywilnego i karnego przez pracowników Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich odstąpił od umowy nr 6/96/39/AW/2017 w dniu 13.03.2018 pismem nr 32/Z/BAUMARK/2018 oraz skierował sprawę do sądu, jak i zawiadomił organy ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa przez urzędników ŚZDW. Wskazał, że w związku z dokonanym przez ŚZDW odstąpieniem od umowy, które odwołujący kwestionuje, w sprawie nie zostało wypłacone ani zasądzane żadne odszkodowanie na rzecz Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich. W istocie to odwołujący podjął szereg następujących czynności zmierzających do kompleksowego wyjaśnienia kwestii współpracy z ŚZDW:

I.przed Sądem Rejonowym w Kielcach, V Wydział Gospodarczy, sygnatura akt V GNc 3949/18 z powództwa PHU BAUMARK R. S. przeciwko Województwu Świętokrzyskiemu - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich Kielcach o

zapłatę kary umownej z tytułu rozwiązania umowy z winy zamawiającego. W ramach tego postępowania, w celu wydania wyroku sąd oceni zgromadzony materiał dowodowy i orzeknie w przedmiocie zasadności odstąpienia od umowy przez odwołującego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

II.przed Sądem Rejonowym w Kielcach, sygnatura akt: VIII C 1774/18 z powództwa PHU BAUMARK R. S. przeciwk pracownikowi Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich Kielcach M. L. o odszkodowanie w związku z wykorzystywaniem do celów prywatnych przez ww. pracownika ŚZDW w Kielcach powierzonego przez BAUMARK samochodu typu SUV

III.śledztwo prowadzone przez Prokuraturę Rejonową w Kielcach, sygn. akt: PR 3Ds 169.2018. w przedmiocie nadużycia uprawnień przez pracowników Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach oraz fałszowania wpisów w dziennikach budowy.

Odwołujący wskazał, iż wbrew uzasadnieniu wykluczenia go, zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 09.01.2019r., a które stanowi wyłącznie dokonane bez głębszej analizy powtórzenie przedstawionego zamawiającemu stanowiska przez ŚZDW, rozwiązanie umowy nr 6/96/39/AW/2017 nastąpiło wskutek odstąpienia od niej przez wykonawcę z uwagi na następujące uchybienia ze strony zamawiającego:

Odwołujący pismem z dnia 13 marca 2018 roku złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy - z winy zamawiającego. Przyczynami powyższego było działanie pracowników pozwanego, którzy po stwierdzeniu przez przedstawicieli R. S. nieprawidłowości związanych z działaniem wykonawcy usiłowali nakłonić ich do zmiany stanowiska oraz „mniej rzetelnego" kontrolowania jego prac. W licznych pismach odwołujący informował o nieprawidłowościach na budowie, np. w zakresie dokumentacji projektowej, w tym konieczności niemożności rozpoczęcia robót przez wykonawcę mimo braku wcześniejszego przedstawienia przez pozwanego stosownych dokumentów związanych m.in. z jakością używanych materiałów. Nadto, w dniu 16 marca 2018 roku, w odpowiedzi na oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy odniósł się on szczegółowo do każdego z zarzutów podniesionych przez zamawiającego, wykazując jednocześnie ich całkowitą bezzasadność. W realiach sporu z ŚZDW w Kielcach znamienna jest okoliczność, iż prawidłowe realizowanie usługi nadzoru inwestorskiego przez odwołującego, który chciał zapobiec nieuprawnionemu rozpoczęciu robót przez wykonawcę, bez wypełnienia wymogów prawem przewidzianych doprowadziło do podjęcia prób ze strony pracowników ŚZDW w Kielcach zmierzających do „odsunięcia" odwołującego od realizowanego zadania.

Odwołujący stwierdził, że w istocie, poprzez dokonanie wpisów w dziennikach budowy odnośnie rzekomo zrealizowanych prac przez wykonawcę, zarzucili nieobecność poszczególnych inspektorów na terenie budowy. Dodatkowo, również z powołaniem się na inne rzekome naruszenia obowiązków umownych, złożyli nieprawdziwe i bezskuteczne oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z winy odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, w uznaniu odwołującego, zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonał całkowicie dowolnej oceny przedstawionej przez ŚZDW sprawy rzekomego nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę i odstąpienia z jego winy od umowy nr 6/96/39/AW/2017, mimo że posiadał od oferenta informację o wszczęciu z jego inicjatywy ww. postępowań oraz odstąpieniu przez niego od umowy z winy SZDW.

Zamawiający dokonując wykluczenia odwołującego wskazał bowiem, że wykluczenie następuje na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., a zatem przyjął że oferent celowo lub poprzez rażące niedbalstwo wprowadził go w błąd co do okoliczności nienależytego wykonania umowy z ŚZDW i przyczyn jej rozwiązania.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z 06.03.2018r. KIO 295/18, wyrok 348/17, wyrok KIO 2736/17, wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 2010/18.

Odwołujący podkreślił, że stwierdzenie, iż określone informacje są nieprawdziwe, tak na gruncie ogólnych reguł języka polskiego, jak i w rozumieniu tych przepisów, może odnosić się wyłącznie do informacji o pewnych faktach, o obiektywnie istniejącej rzeczywistości, tylko one bowiem podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu, (tak też KIO w wyroku z dnia 20 czerwca 2017r., nr KIO 1132/17). Dla oceny, czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016r. „informacja nieprawdziwa" (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie, pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002r., sygn. akt: II CKN 1095/99 wskazane jest, iż pojęcie „prawda'', „prawdziwy" bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 835 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego ( np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, art. 253, art. 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1-3, art. 297 § 1, art. 313) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 art. 312). Zdaniem SN we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda" rozumiane

jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością ( z „faktami" i „danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem SN - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością (tak też KIO w wyroku z 3 grudnia 2018r., sygn. akt: KIO 2372/18).

W ocenie odwołującego, nie ulega natomiast wątpliwości, iż mając na uwadze fakt sporu pomiędzy ŚZDW a odwołującym co do winy w rozwiązaniu umowy nr 6/96/39/AW/2017, którego rozstrzygnięcie będzie dokonane przez ww. sądy powszechne, nie sposób jest, aby w niniejszym postępowaniu zamawiający, nie posiadając całości materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy sądowej o sygn. akt: V GNc 3949/18, był w stanie prawidłowo dokonać oceny w kategoriach prawdy i fałszu, czy świadomie wskazane w JEDZ stwierdzenie, że z winy oferenta nie doszło do rozwiązania umowy stanowiło informację nieprawdziwą.

Odwołujący stwierdził, że biorąc zatem pod uwagę uzasadnione wątpliwości, co do przyczyn rozwiązania umowy pomiędzy odwołującym a ŚZDW, które powinien powziąć zamawiający wobec wyraźnego wskazania mu przez odwołującego faktu toczących się przed organami wymiaru sprawiedliwości spraw cywilnych i karnych, związanych z rzeczoną umową nr 6/96/39/AW/2017, przed podjęciem ostatecznej decyzji o wykluczeniu oferenta w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., zamawiający winien co najmniej wezwać odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., celem ustosunkowania się do twierdzeń ŚZDW. Brak było natomiast podstaw do arbitralnego, bez posiadania dokumentacji z realizacji umowy nr 6/96/39/AW/2017 przyjęcia, że stanowisko ŚZDW jest zgodne z prawdą, co jednocześnie ma świadczyć rzekomo o celowym podaniu nieprawdy przez odwołującego. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2017r. sygn. akt: KIO 544/17.

Zdaniem odwołującego, w tej sytuacji nie sposób przyjąć, aby w niniejszym postępowaniu zamawiający zasadnie przyjął, iż wskutek niezweryfikowanych informacji ŚZDW został celowo lub chociażby wskutek rażącego niedbalstwa wprowadzony w błąd przez oferenta, gdyż ten ustosunkowując się do wezwania, skierowanego do niego w trybie art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazał, że w sprawie nienależytego wykonania umowy nr 6/96/39/AW/2017 z jego inicjatywy toczą się postępowania zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego, gdyż w ocenie odwołującego w realizacji kontraktu zawartego z ŚZDW nie zaszło jedynie nienależyte wykonanie zobowiązania przez zamawiającego, ale także doszło do popełnienia na jego szkodę oraz szkodę interesu publicznego przestępstwa przez pracowników zamawiającego.

W tym stanie rzeczy zamawiający nie mógł przyjąć, iż odwołujący podał nieprawdę w formularzu JEDZ, ponieważ do czasu prawomocnych wyroków sądowych oraz do czasu zakończenia postępowań prokuratorskich nie mógł jedynie w oparciu o twierdzenia jednej strony sporu (bez zapoznania się z dokumentami) uznać winy odwołującego w niewykonaniu umowy ze ŚZDW. Jak wskazała w tym kontekście także KIO w wyroku z dnia 20 czerwca 2017r. KIO nr 1132/17: „ Nie sposób natomiast przyjąć, że przez sam fakt ujęcia spornego zamówienia oferent w sposób dorozumiany lub przez swoją lekkomyślność przedstawił nieprawdziwe informacje, wprowadzając Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie. ”

Zważywszy na powyższe, w ocenie odwołującego, zamawiający nie wykazał skutecznie w treści pisma z dnia 09 stycznia 2019 r., aby spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy P.z.p. Istotne zaniechania w zweryfikowaniu stanowiska ŚZDW wykazują zatem w tej sytuacji także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości postępowania, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący stwierdził, że postawiony natomiast w treści *petitum* odwołania zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi prostą konsekwencję nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z przetargu, wskutek czego jego oferta niesłusznie nie była poddane ocenie. Podkreślił, że oferta przedstawiona przez odwołującego była najkorzystniejsza. Gdyby zatem nie czynność wykluczenia wskutek dokonania oceny oferty odwołującego, zostałaby ona wybrana jako najkorzystniejsza i to odwołujący mógłby realizować zamówienie. Niesłuszne wykluczenie odwołującego rzutuje zatem na nieprawidłową, bo niepełną (nie dotyczącą wszystkich ofert) ocenę ofert przez zamawiającego, a zarazem wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w przetargu.

Zamawiający na rozprawie w dniu 31 stycznia 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wystąpił równocześnie do odwołującego i ŚZDW o wyjaśnienie i informacje dotyczącą sprawy. Odwołujący w wyniku wezwania przedłożył pismo, w którym potwierdził, że doszło do odstąpienia od umowy, ale nie ma postaw do samooczyszczenia. W tej sytuacji przepisy obligują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy i nie może on już prosić o kolejne wyjaśnienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Tomasz Przybylski poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołujący był wykonawcą umowy nr 6/96/39/AW/2017 zawartej ze Świętokrzyskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Kielcach, której przedmiotem było zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „DW 752 Podgórze-Bodzentyn dł ok. 2,5 km i DW 751 Bodzentyn-Dąbrowa Dolna dł. ok. 4,0 km".

ŚZDW w Kielcach pismem z dnia 12.03.2018r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od wskazanej umowy z winy wykonawcy.

Odwołujący w dniu 13.03.2018 r. złożył oświadczenie o wypowiedzeniu wskazanej umowy z winy zamawiającego.

W powyższym zakresie pomiędzy stronami jest spór zawisły przed Sądem Rejonowym w Kielcach, V Wydział Gospodarczy, sygnatura akt V GNc 3949/18.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę oraz dokument JEDZ. W dokumencie tym na pytanie, „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" odpowiedział przecząco.

Zamawiający w dniu 4 grudnia 2018 roku skierował do odwołującego pismo następującej treści:

„Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie otrzymał informację, że nie wykonał Pan zamówienia na „Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji DW 732 Podgórze-Bodzentyn: dł. ok. 2,5 km i DW 751 Bodzentyn-Dąbrowa Dolna, dł. ok. 4,0 km" (postępowanie nr 39/2017), co doprowadziło do rozwiązania umowy przez zamawiającego - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach.

W złożonym do Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie dokumencie JEDZ dla postępowania 206/18 oświadczył Pan, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem.

W związku z powyższym działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiocie w/w oświadczenia. zawartego w JEDZ."

Odwołujący pismem z dnia 5 grudnia 2018 roku, doręczonym zamawiającemu w dniu 10 grudnia 2018 roku udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na Państwa pismo znak: WQ.464.6.2018.10.D206 z dn. 04.12.2018 r. dotyczące złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykonywania umowy nr 6/96/39/AW/2017 z dn. 14.11.2017 r. dotyczącej Zarządzania i nadzoru nad realizacją inwestycji „DW 752 Podgórze — Bodzentyn ; dł. ok. 2,5 km i DW 751 Bodzentyn — Dąbrowa Dolna, dł. ok. 4,0 km", informujemy:

W związku z licznymi naruszeniami przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach Kodeksu prawa karnego i cywilnego, Wykonawca usług nadzoru PHU BAUMARK w dniu 13.03.2018 pismem nr 32/Z/BAUMARK/201 poinformował o odstąpieniu od umowy nr 6/96/39/AW/2017 z dn. 14.112017 r. z winy Zamawiającego .

Wykonawca usługi PHU BAUMARK wskazał na czynności łamania prawa karnego i cywilnego przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach wraz z uzasadnieniem.

Możliwe publikowanie odmiennego stanowiska przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach jest stanowiskiem jednostronnym a także wątpliwym i nie powinno być publikowane oraz rozpowszechniane do czasu zapadnięcia prawomocnych wyroków sądowych w tej sprawie oraz zakończenia dochodzeń i śledztw prowadzonych wobec pracowników ŚZDW w Kielcach przez odpowiednie organy.

Także rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji przez innego uczestnika powyższego postępowania przetargowego na podstawie których dokonują Państwo czynności wzywających do wyjaśnień, jest poważnym naruszeniem prawa karnego przez tego uczestnika i wyczerpuje ono zarzut zniesławienia co potwierdzono nam po konsultacji prawnej.

Firma PHIJ BAUMARK wystąpiła również na drogę sądową w postępowaniu cywilnym o zasądzenie

odszkodowania od Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach za wyrządzone straty i utracone korzyści.

Wobec powyższego potwierdzamy, że przedłożone informacje w postępowaniu przetargowym Nr 206/18 przez PFIU BAUMARK są prawdziwe, a przedstawione wyjaśnienia potwierdzają, że Wykonawca PFIU BAUMARK z siedzil ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszków nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem z winy Wykonawcy, a także, że instytucja tzw. self-cleaningu nie ma tu zastosowania."

Pismem z dnia 9 stycznia zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że w pkt. 5.1 s.i.w.z. wskazał, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Baumark w złożonym dokumencie JEDZ odpowiedział przecząco na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?"

Oferta złożona przez R. S. została uznana za najkorzystniejszą i zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust .1ustawy P.z.p. Do zamawiającego w dniu 30.11.2018 r. wpłynęło pismo od innego wykonawcy do równolegle toczącego się postępowania 208/18 informujące o tym, że oświadczenie R. S. nie jest prawdziwe bowiem Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach odstąpił od umowy z odwołującym.

Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 04.12.2018 r. zwrócił się do R. S. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oświadczenia zawartego w JEDZ oraz do Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach o udzielenie informacji w tej sprawie.

R. S. pismem z dnia 05.12.2018 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 10.12.2018 r. wyjaśnił, że w dniu 13.03.2018 r., w związku z licznymi naruszeniami przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach kodeksu prawa karnego i cywilnego, odstąpił od umowy nr 6/96/39/AW/2017 z winy zamawiającego. Poinformował, że wystąpił na drogę sądową oraz potwierdził, że przedłożone przez niego informacje w postępowaniu przetargowym nr 206/18 są prawdziwe i PHU BAUMARK nie znajdował się w sytuacji w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem z winy Wykonawcy i instytucja „self-cleaningu nie ma tu zastosowania.

Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach w dniu 05.12.2018 r. przedłożył zamawiającemu dokumenty dotyczące odstąpienia od umowy z PHU BAUMARK. Z przedstawionych dokumentów wynika, że ŚZDW w Kielcach pismem z dnia 12.03.2018r. odstąpił od umowy nr 6/96/39/AW/2017 pn „ Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji „DW 752 Podgórze-Bodzentyn dł ok. 2,5 km i DW 751 Bodzentyn-Dąbrowa Dolna dł. ok. 4,0 km" z winy wykonawcy.

Zamawiający na podstawie posiadanych dokumentów stwierdził, że do odstąpienia od umowy R. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą PHU BAUMARK przez ŚZDW w Kielcach doszło z powodu nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, który wbrew obowiązkom wynikającym z umowy między innymi:

- pomimo kilkukrotnych wezwań ze strony zamawiającego z 36-dniowym opóźnieniem umożliwił zamawiającemu korzystanie z pomieszczeń biurowych, przy czym biuro budowy nie zostało uruchomione i nie funkcjonowało w godzinach 7.00-15.00, co uniemożliwiło przepływ informacji pomiędzy wszystkimi stronami;

- Inspektor Nadzoru Robót Drogowych, pomimo wezwań przez Kierownika Projektu, nie był obecny podczas prac prowadzonych przez wykonawcę robót w styczniu 2018 r., na budowie stawił się dopiero w dniu 19 lutego 2018 r. i wówczas uzupełnił zaległe wpisy w dzienniku;

- Inspektor Nadzoru Robót Drogowych nie dokonywał terminowo wpisów w dzienniku budowy, z opóźnieniem kilkudziesięciu dni odnosił się do zgłoszeń Kierownika Budowy do odbioru robót; na dzień 08.03.2018r. nie dopełnił objęcia obowiązków przez inspektorów nadzoru inwestorskiego do zakresu robót objętych decyzją nr 87/D/2003 w

specjalnościach konstrukcyjno-budowlanej, mostowej i instalacyjnej w zakresie linii, sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych;

- miał bardzo duże opóźnienia w opiniowaniu wystąpień Wykonawcy Robót — w okresie od 18.01.2018 do 02.02.2018r. Wykonawca skierował do Inżyniera Kontraktu 57 wystąpień, do których Inżynier Kontraktu nie odniósł się do dnia 05.02.2018 r., do dnia 12.02.2018 r. Inżynier Kontraktu nie zweryfikował żadnego z wniosków materiałowych;

zgłaszając osoby na stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Drogowych przedkładał do akceptacji zamawiającego osoby nieposiadające wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, zaś w składanych oświadczeniach potwierdzał nieprawdę;

Inżynier Kontraktu na radach budowy wykazywał nieprzygotowanie, nie posiadał wiedzy na temat podstawowych informacji dotyczących kontraktu, nie posiadał wiedzy na temat personaliów osób wchodzących w skład jego zespołu.

Z dołączonej korespondencji pomiędzy stronami wynika, że wykonawca nie realizował, pomimo kilkukrotnych wezwań ze strony ŚZDW w Kielcach, podstawowych obowiązków wynikających z pełnionej funkcji co w konsekwencji doprowadziło do odstąpienia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy

R. S. nie wystąpił z inicjatywą samooczyszczenia i nie przedstawił zamawiającemu żadnych dokumentów dających podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 24 ust. 16 ustawy P.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych ukształtował się pogląd, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W świetle posiadanych przez zamawiającego dokumentów bezspornym jest, że wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, bowiem w dokumencie JEDZ zataił fakt odstąpienia od umowy przez ŚZDW w Kielcach z winy wykonawcy, czym wprowadził zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu zaś z wyjaśnień wykonawcy, w ocenie zamawiającego, wynika, że działanie wykonawcy jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny należy oczekiwać zachowania standardu ostrożności w szczególności, gdy ustawodawca dopuszcza samooczyszczenie się wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. Wykonawca powinien zatem: 1) poinformować o zdarzeniu zamawiającego, 2) wskazać, jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne, 3) wyjaśnić okoliczności, w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu, 4) wskazać sposób, w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować, czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie zamawiającego w błąd pracowników, 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych. Tymczasem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień potwierdził, że informacje złożone w postępowaniu są prawdziwe, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem z winy wykonawcy oraz wprost stwierdził, że instytucja self-cleaningu nie ma w tej sprawie zastosowania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W rozpoznawanej sprawie bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że umowa zawarta pomiędzy odwołującym a ŚZDW została rozwiązana przed jej ukończeniem. Odwołujący stoi co prawda na stanowisku, iż ŚZDW, który jako pierwszy złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zrobił to bezskutecznie, niemniej jednak – w ocenie odwołującego – oświadczenie o wypowiedzeniu przez niego umowy, złożone następnego dnia, jest ważne i skuteczne.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie

zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" należało odpowiedzieć twierdząco.

Izba podkreśla, że twierdząca odpowiedź na przytoczone wyżej pytanie nie jest uzależniona od faktu, iż do przedwczesnego rozwiązania umowy doszło z winy którejkolwiek ze stron, w szczególności z winy wykonawcy. Pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia polegającego na wcześniejszym rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji odwołujący, który udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie, wprowadził zamawiającego w błąd.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W ocenie Izby odwołujący, nie informując o fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy z ŚZDW, dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa.

Ustawa nie definiuje pojęcia ,,rażącego niedbalstwa", natomiast wypełniając te lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że ,,Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Jest to zatem naruszenie reguły ostrożności ,wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. W doktrynie i orzecznictwie nie ma wątpliwości co do tego, iż za rażące niedbalstwo należy uznać działanie, odpowiadające kwalifikowanej postaci braku należytej staranności (tak: wyrok SN z dnia 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Odwołujący w treści JEDZ na pytanie: „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?", zaznaczył opcje „NIE", co było niezgodne z prawdą. Odwołujący zaznaczył tę odpowiedź mimo jasnej treści formularza oraz instrukcji jego wypełnienia. Podkreślenia wymaga, że formularz dokumentu JEDZ przewiduje, w przypadku zaznaczenia opcji „TAK", możliwość podania szczegółowych informacji na ten temat. Nic nie stało na przeszkodzie, by odwołujący wyjaśnił zamawiającemu okoliczności rozwiązania przed czasem umowy z ŚZDW.

Izba podziela w pełni i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 11 stycznia 2019 roku sygn. akt KIO 2664/18 oraz w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 888/17, z którego wynika, że skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż JEDZ, na danym etapie postępowania, to tym bardziej w JEDZ muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem odformalizowanie postępowania, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiekolwiek informacje, lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w JEDZ, czyli JEDZ jest dokumentem kategorycznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, wyrażonego na rozprawie w dniu 30 stycznia 2019 roku, iż wymóg zaznaczenia opcji „TAK" przy wskazanym wyżej pytaniu powstawał w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w pkt. 5.1. s.i.w.z., będącej jednocześnie fakultatywną przesłanką wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., tj. w sytuacji kiedy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania

umowy lub zasądzenia odszkodowania. Treść JEDZ nie pozostawia tu wątpliwości, co do tego, że wykonawca powinien zaznaczyć opcję „TAK” w przypadku, gdy doszło do rozwiązania umowy przed czasem, bez względu na przyczyny jej rozwiązania. W tej sytuacji jest uprawniony do wskazania okoliczności wyłączających jego winę lub do wdrożenia procedury samooczyszczenia. Zamawiający byłby wówczas obowiązany zbadać, czy zaszły przesłanki, o których mowa w pkt. 5.1. s.i.w.z i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. Odwołujący, który wprowadził w błąd zamawiającego co do samego faktu rozwiązania umowy przed czasem, nie powinien oczekiwać od zamawiającego, iż ten będzie badał okoliczności rozwiązania umowy.

Faktem jest, że zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu wykonawcy szeroko powoływał się na wskazane przez ŚZDW, obciążające odwołującego, przyczyny rozwiązania umowy, niemniej jednak wyraźnie wskazał, że podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. Odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., w związku z czym Izba dokonała oceny prawidłowości czynności zamawiającego w granicach podniesionego zarzutu.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 (błędnie wskazany przez odwołującego jako „§ 1”) ustawy P.z.p., zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Izba podkreśla, że dyspozycja wskazanego przepisu uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień jedynie w zakresie treści oferty. Poza jej zakresem pozostaje uprawnienie do żądania złożenia wyjaśnień w kwestiach dotyczących spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, które z kolei przewidziane jest w art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p.

Niemniej jednak stwierdzić należy, iż w wypadku faktycznego stwierdzenia, że w danej sytuacji przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., zostały spełnione, brak jest podstaw do żądania wyjaśnień i konwalidacji postępowania wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 października 2013 r. (sygn. akt. 2403/13), wydanym co prawda w stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy z dnia z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), lecz zachowującym swą aktualność w stanie obecnym, orzekła, że w przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji niedopuszczalne jest uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania oceny oferty odwołującego według kryteriów oceny ofert wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i dokonanie oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego. Zarzut ten – jak sam stwierdził odwołujący – jest logiczną konsekwencją zarzutów wskazanych wyżej. W związku z tym, że zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, oddaleniu podlega również zarzut, którego skuteczność uzależniona była od stwierdzenia zasadności zarzutów pozostałych.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

……

……

……