Sygn. akt: KIO 3301/20

WYROK
z dnia 25 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2020 r. przez konsorcjum Mirbud S.A. w Skierniewicach i Kobylarnia S.A. w Kobylarni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Olsztyn
przy udziale wykonawcy Budimex Budownictwo Sp. z o.o. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie i Trakcja S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., ewentualnie naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., ewentualnie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. (zarzut nr 1), w jakim dotyczy:

1.1.umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Goliszewo - węzeł autostrady A1 w Stanisławie", gdzie zamawiającym jest Województwo Pomorskie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku,

1.2.umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146", gdzie zamawiającym jest Województwo Kujawsko-Pomorskie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy,

2.odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, które w wyniku zamierzonego działania albo co najmniej rażącego niedbalstwa i lekkomyślności, wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w załączniku do oferty informacji dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert dotyczącego doświadczenia kierowników,

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego konsorcjum Mirbud S.A. w Skierniewicach i Kobylarnia S.A. w Kobylarni i:

4.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Mirbud S.A. w Skierniewicach i Kobylarnię S.A. w Kobylarni tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza solidarnie od Mirbud S.A. w Skierniewicach i Kobylarni S.A. w Kobylarni na rzecz zamawiającego Gminy Olsztyn kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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: ……
……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 25 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 3301/20

Zamawiający – Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1, 10 - 101 Olsztyn – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa linii tramwajowych w Olsztynie", ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 065-154468, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 15 grudnia 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Mirbud S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 86 - 100 Skierniewice i Kobylarnia S.A. ul. Zakole 1, 86 - 061 Brzoza (dalej zwani jako „odwołujący").

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1.naruszenie art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, wyrażające się w

zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. z postępowania pomimo, że partner konsorcjum Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania wielu umów, a co najmniej tych wskazanych w uzasadnieniu,

– ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 9 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w uznaniu za wystarczające do wykazania rzetelności treści oświadczeń i dowodów przedstawionych przez Konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. w postępowaniu pomimo że oświadczenia te i dowody ilustrują niepełny stan faktyczny i ograniczają się jedynie do pisemnych stanowisk jednej strony sporu (bez dokumentów źródłowych opisujących łączący strony stosunek prawny i bez wykazania stanowiska drugiej strony, w tym pismami o odstąpieniu niewątpliwie znajdującymi się w posiadaniu Konsorcjum) i jako takie nie stanowią wyczerpującego, rzetelnego i prawdziwego wyjaśnienia stanu faktycznego sporu,

– ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wystąpienia do Inwestorów - zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 w celu zweryfikowania stanu faktycznego przedstawionego przez Konsorcjum, pomimo, że dokumentacja złożona na wezwanie przez Konsorcjum jest niekompletna i nie wyjaśnia wszechstronnie stanu faktycznego sporu,

2.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. z postępowania pomimo, że w wyniku zamierzonego działania albo co najmniej rażącego niedbalstwa i lekkomyślności wybrane Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu:

– w Załączniku nr 1 do oferty oraz w Wykazie osób informacji dotyczących pozacenowych kryteriów osobowych oceny ofert oraz wymaganej kadry w zakresie:

a)doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa drogi gminnej ul. Stary Tor w Łomiankach na odc. od Brukowej do ul. Pancerz", które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m,

b)doświadczenia Pana J. M. zdobytego przy zadaniu „Budowa ulicy Janczewskiej w Słominie, które to zadanie miało rzekomo być na zurbanizowanych terenach miejskich,

c)doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 678 na odcinku Białystok – Kleosin", które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich,

d)doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ciągów komunikacyjnych wzdłuż ulicy Sienkiewicza (na odcinku od ul. Piłsudskiego do ul. Piastowskiej) i modernizacja Pasażu Rudowskiego (na odcinku od ul. Sienkiewicza do Al. 3-go Maja - Etap 1 „Modernizacja Pasażu Rudowskiego" realizowanych w ramach „Modernizacja ul. Sienkiewicza i Pasażu Rudowskiego w Piotrkowie Trybunalskim", które to zadanie miało rzekomo polegać na budowie drogi o długości 600 m oraz przy którym ww. miał pełnić funkcję kierownika budowy nieprzerwanie przez cały okres realizacji zadania we wskazanych przez Wykonawcę okresach,

e)doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Modernizacja ul. Rosoła na odcinku ul. Belgradzka - Jeżewskiego", które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi,

f)doświadczenia Pana R. M. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ul. Cynamonowej w Warszawie etap I i II", które to zadanie rzekomo miało polegać na budowie drogi,

g)doświadczenia Pana K. K. zdobytego przy zadaniu „Przebudowa ulicy Chrobrego w Świętochłowicach", które to zadanie rzekomo miało być na zurbanizowanych terenach miejskich,

3.naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. z postępowania pomimo, że nie wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust. 2 pkt 2d w zakresie doświadczenia kadry, tj. dysponowania 1 osobą, która będzie pełnić odrębną funkcję Kierownika robót drogowych w zakresie torowisk posiadającą: doświadczenie zawodowe przy realizacji trzech zakończonych zadań, zdobyte nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, obejmujących budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego o długości co najmniej 500 m pojedynczego toru, każde zadanie, na stanowisku/ stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót, w związku z tym, że wskazane w przypadku K. K. zadania nr 48 i 52 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu w ul. Bytomskiej na odcinku od ul. Bolesława Chrobrego do ul. Młyńskiej" oraz „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu wzdłuż ulic: Marcina Lutra, Plac Krakowski, Wiktora Brysza i Wolności" nie polegały jak sama nazwa wskazuje na budowie/przebudowie torowiska tramwajowego i tych wątpliwości wykonawca nie usnął w odpowiedzi na wyzwanie Zamawiającego do wyjaśnień,

4.naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum podlegającego zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp, która to oferta winna być odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta odwołującego;

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o.o w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie i Trakcja PRKiI S.A.w Warszawie i odrzucenie tej oferty oraz nakazanie zamawiającemu powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedstawiony przed zamknięciem rozprawy.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności: SIWZ, oferty Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, wezwania z dnia 06.10.2020 r., wyjaśnień wykonawcy z dnia 19.10.2020 r. wraz z załącznikami. Wniesiono także o przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedstawionych przy odwołaniu oraz złożonych w toku postępowania odwoławczego na potwierdzenie tego, że Konsorcjum firm Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie podlega wykluczeniu na wskazanych wyżej podstawach prawnych. Odwołujący również wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, tj. zarządu Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, na okoliczność wskazania wszystkich umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem z Trakcja PRKiI S.A. lub przez Trakcja

PRKiI S.A. oraz powodów takiego stanu rzeczy.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 4 grudnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta konsorcjum firm Polimex Infrastruktura Sp. z o. o. w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. w Warszawie oraz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, na drugim miejscu oceniono ofertę odwołującego. Pkt 5 ppkt 2 rozdziału V SIWZ stanowi m.in., że dodatkowo na mocy art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy, zamawiający wykluczy z postępowania wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W części III w pkt C JEDZ wykonawcy Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie (dalej również jako „Trakcja PRKiI") wskazano cztery umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem:

a) załącznik nr 1 - umowa nr 50/2017/2018 z 20.01.2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie" z aneksami do umowy.

W tej sprawie zawarto ugodę przed Sądem Rejonowym w Gdańsku (ugoda w aktach sprawy), która była warunkowa, na co wskazuje jej pkt 10 i 11. Nie ma żadnego dowodu na to, że ugoda została wykonana należycie, zatem w tym zakresie zdaniem odwołującego mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, co kwalifikuje się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

b) załącznik nr 2 - umowa nr ZDW.N4.363.02.2016 z 19.04.2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno-Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146" z aneksami do umowy.

c) załącznik nr 3 - umowa nr 170/2016/ZDW z 15.09.2016 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie, dot. „Obwodnicy Zatora, Podolsza w ciągu DW NR 781" (aneksy: nr 1 z 03.10.2016 r., nr 2 z 28.12.2016 r., nr 3 z 30.12.2016 r., nr 4 z 02.11.2018 r., nr 5 z 08.04.2019 r. i nr 6 z 29.07.2019 r.).

d) załącznik nr 4 - umowa nr 234/2016/ZDW z dnia 05.12.2016 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie na „Rozbudowę DW 957 Krowiarki - Nowy Targ, zadanie 1 - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót (aneksy: nr 1 z 30.12.2016 r. i nr 2 z 29.10.2018 r.).

Na chwilę wniesienia odwołania zamawiający dysponuje wiedzą odnośnie kolejnych trzech umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem: umowa z dnia 23 października 2017 r. z GDDKiA Oddział w Gdańsku (odstąpienie sierpień 2020 r.), umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 - etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj i umowa nr 745/136.WZP/18 z dnia 17 października 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj".

W ocenie odwołującego powyższe dowodzi wprowadzeniu w błąd zamawiającego przez konsorcjum, że w dacie złożenia oferty we wszystkich powyższych umowach Trakcja PRKiI już nienależycie wykonywało kolejne zamówienia publiczne i przesądza o obowiązku zastosowania art. 26 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Nadto samooczyszczenie w tym zakresie jest niewystarczające, o czym w dalszej części odwołania, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

W dniu 06.10.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyczerpującego wyjaśnienia dotyczącego stanu faktycznego oraz przyczyn rozwiązania umów wskazanych w JEDZ przez członka konsorcjum Trakcję PRKiI oraz dodatkowo co do umowy zawartej z GDDKiA oddział w Gdańsku. Wezwanotakże do złożenia dowodów potwierdzających, że przyczyny rozwiązania wymienionych umów nie leżały po stronie członka konsorcjum.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

W dniu 19 października 2020 r. konsorcjum złożyło wyjaśnienia w sprawach niewykonanych umów. Odniosło się do każdej z umów, w sposób niejasny opisując sam przebieg realizacji kontraktów, nie mówiąc o rzeczywistych powodach ich niewykonania. Do złożonych wyjaśnień załączono rzekome dowody należytego wykonania ze strony spółki poszczególnych umów, i tak:

- w sprawie umowy nr 170/2016/ZDW z dnia 15.09.2016 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie dotyczącej „Obwodnicy Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych" wykonawca złożył pisma swego autorstwa oraz przelew na kwotę 503 203,40 zł od ZDW w Krakowie,
- w sprawie umowy nr 234/2016/ZDW z dnia 5.12.2016 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie dotyczącej „Rozbudowy DW 957 Krowiarki - Nowy Targ, zadanie 1 - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót" wykonawca złożył pisma swego autorstwa oraz dwa protokoły konieczności,
- w sprawie umowy z dnia 23.10.2017 r. z GDDKiA Oddział w Gdańsku „Rozbudowa drogi krajowej DK 22 na odcinku Czarlin - Knybawa" wykonawca złożył pisma swego autorstwa oraz opinię wydaną na jego zlecenie,
- w sprawie umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19.04.2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 58 Stolno - Wąbrzeźno z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo" wykonawca złożył pisma swego autorstwa oraz dokument prognoza ruchu drogowego,
- w sprawie umów z WZD w Poznaniu wykonawca złożył jedynie pisma swego autorstwa.

W żadnym przypadku wykonawca nie złożył: oświadczeń zamawiającego o odstąpieniu od umowy, dokumentów źródłowych opisujących stosunek umowny i stanowisko danego zamawiającego, za wyjątkiem dwóch spraw, tj. w przypadku sporu na tle umowy „Rozbudowy DW 957 Krowiarki - Nowy Targ, zadanie 1 opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót", gdzie przedstawiono dwa protokoły konieczności oraz w przypadku umowy z ZDW w Gdańsku, gdzie strony zawarły ugodę - wykonawca przedstawił nie tylko swoje stanowisko ale również zamawiającego (oświadczenie o odstąpieniu) oraz samą ugodę. Nie sposób więc uznać, że procedura samooczyszczenia była wyczerpująca, rzetelna, skoro pozbawiono zamawiającego choćby punktu odniesienia - stanowiska danego zamawiającego.

Odwołujący zacytował fragmenty komentarza do art. 24 p.z.p. oraz wyroki Izby: KIO 1620/19 i KIO 2002/18 i wskazał, że wyjaśnienia stanu sprawy, jak w tej sprawie, nie można uznać za wszechstronne, tym bardziej za udowodnione, ani też rzetelne i obrazujące prawdziwy stan rzeczy. W większości przypadków mamy do czynienia jedynie ze stanowiskiem strony, zainteresowanej wynikiem postępowania. Tymczasem wyjaśnienie, czy stanowisko strony, nie stanowi dowodu w sprawie. Złożone w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają, że przyczyny rozwiązania wymienionych umów nie leżały po stronie członka konsorcjum, a stanowią jedynie stanowisko jednej strony w zaistniałych sporach. Jedynie odnośnie umowy zawartej z ZDW w Gdańsku, gdzie spór zakończył się ugodą sądową, można mówić o wyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy. Ponieważ poza pisemnymi stanowiskami Trakcji

przedstawiono inne dokumenty - odstąpienie od umowy przez zamawiającego oraz ugodę sądową. W pozostałych przypadkach wykonawca nie złożył żadnych dokumentów źródłowych, np. umów, aneksów, protokołów odbiorów. Nie złożył również pisemnych oświadczeń zamawiających o odstąpieniu od umowy. We wszystkich umowach to zamawiający dokonał odstąpienia jako pierwszy. Dla wykazania braku winy i skuteczności odstąpienia od umowy przez wykonawcę niezbędne jest chociażby zapoznanie z treścią łączącej strony umowy. Zamawiający błędnie uznał, że dokumenty, którymi dysponuje są wystarczające do uznania, że wykonawca nie przyczynił się do rozwiązania umów w sprawie zamówienia publicznego.

Dalej odwołujący podniósł, że odnosząc się do poszczególnych kontraktów wskazuje na następujące okoliczności ujawnione mu przez poszczególnych zamawiających. Zakres posiadanych informacji jest różny, ale co istotne według odwołującego przedstawione dokumenty wprost nie korespondują z wyjaśnieniami wykonawcy, co potwierdza, że rozstrzygnięcie przetargu tylko w oparciu o wyjaśnienia było wadliwe.

Umowy zawarte z ZDW w Krakowie (załącznik nr 3 i nr 4), gdzie wykonawca złożył jedynie pisma swego autorstwa oraz dwa protokoły konieczności. Zgodnie z informacjami upublicznionymi odwołującemu wynika, że do rozwiązania obu umów doszło z winy Trakcja PRKiI. Stanowisko zawarte w wyjaśnieniach konsorcjum z dnia 19.10.2020 r. uznać należy za stanowisko nierzetelne i niepełne, tendencyjnie wskazujące argumenty tylko jednej ze strony sporu i sformułowane na potrzeby procesu, w celu uniknięcia odpowiedzialności kontraktowej. Trakcja PRKiI (w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. w Białymstoku) umowę dotyczącą „Obwodnicy Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych" wykonała w niewielkim zakresie, tj. zrealizowała całość prac projektowych, a roboty budowlane w minimalnym zakresie. Termin realizacji umowy wyznaczono na dzień 30.09.2019 r. Wykonawca nie dotrzymał umówionego terminu. W tym samym dniu wykonawca złożył wniosek o przedłużenie terminu realizacji zamówienia do dnia 29.01.2021 r. Zamawiający zaakceptował wniosek częściowo, wskazując dzień 15.09.2020 r., jako termin wynikający z rzeczywistego czasu trwania przeszkód. Zaakceptowany został okres 351 dni, jako czas opóźnienia niezawiniony przez strony na etapie projektowym. Wykonawca odmówił podpisania aneksu w sprawie nowego terminu. Jak wynika z oświadczenia o odstąpieniu oraz z aneksów 4 - 6 dla zamawiającego deklaracja wykonawcy realizacji zadania do dnia 29.01.2021 r. była niewiarygodna, z uwagi na stan zaawansowania robót. Po upływie 6 miesięcy od uzyskania decyzji ZRID realizacja umowy wynosiła 20%. Wykonawca po uzyskaniu decyzji ZRID zaangażował minimalne zasoby kadrowe i sprzętowe. Okoliczności te były łatwe do ustalenia przez tutejszego zamawiającego.

Nadto strony podpisały 6 aneksów do umowy (aneksy 1-3 wyłącznie formalne). Problemy na etapie realizacji obrazują aneksy nr 4 - 6 z załączonymi protokołami konieczności. Problemy, które pojawiły się na etapie projektowym zostały ostatecznie przezwyciężone, a opóźnienie z tym związane zostało uznane przez zamawiającego za niezawinione przez wykonawcę, z zastrzeżeniem kwestii poniżej opisanych. Powodem odstąpienia od umowy, co wynika ze stanowisk stron oraz przedłożonej dokumentacji, był brak zainteresowania wykonawcy realizowaniem robót budowlanych po zakończeniu się etapu projektowego i minimalne zaangażowanie, a także fikcyjność deklarowanych przez wykonawcę terminów realizacji.

W dniu 11 marca 2020 r. zamawiający odstąpił od umowy. Pismo zamawiającego w sprawie odstąpienia od umowy szczegółowo prezentuje postępowanie wykonawcy w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy. Po przekazaniu placu budowy w dniu 27.08.2019 r. wykonawca rozpoczął roboty od początku września 2019 r., tylko na środkowym odcinku drogi na długości ok 0,9 km (km 0+650 -1 +580). Roboty nie były prowadzone na całym terenie inwestycji, pomimo braku przeszkód formalnych i technicznych. Po miesiącu pracy zaangażowanie było niewielkie (wpisy do dziennika budowy). Pomimo sprzyjających warunków atmosferycznych i deklaracji złożonych na radach budowy w dniach 28.10.2019 r, 20.11.2019 r., 10.12.2019 r. wykonawca nie rozpoczął robót w pasie kolejowym i na sieci energetycznej oraz w zakresie przebudowy uzbrojenia terenu. Podjął z opóźnieniem kroki formalne w celu przedłużenia ważności uzgodnienia z PKP warunków realizacji inwestycji na terenach należących do PKP, co faktycznie uniemożliwiło rozpoczęcie budowy wiaduktu nad linią kolejową.

Wpisem w dzienniku budowy kierownik budowy wykonawcy poinformował, iż od dnia 20.12.2019 r. do dnia 13.01.2020 r, nastąpi przerwa w wykonywaniu robót, pomimo że na naradzie w dniu 10.10.2019 r. deklarowano przerwę do dnia 06.01.2020 r . Po tym okresie, tj. wykonawca nie kontynuował robót i dokonał wpisu do dziennika datowanego na 13.01.2020 r. „iż przerwa w prowadzeniu robót zgodnie z harmonogramem robót z dnia 12.11.2019 r. będzie trwała do 02.03.2020 r." Przywołany przez kierownika harmonogram nie przewidywał takiej przerwy. Do dnia 10.03.2020 r. wykonawca nie wznowił robót, ani nie podjął żadnych innych czynności. Dla zamawiającego zachowanie to kwalifikowało się jako uchylenie od świadczenia, do którego zobowiązany był wykonawca. Zrealizowanie celu umowy w aktualnych na tamten czas warunkach wymagało zwiększenia potencjału osobowego i sprzętowego, celem sprawnego realizowania robót, a rzeczywistość przedstawiała się z goła odmiennie. Zaprzestanie robót potwierdził inspektor nadzoru na radzie budowy w dniu 21.01.2020 r., a także komisja przedstawicieli ZDW podczas wizji w terenie 29.01.2020 r. Udokumentowana przerwa w wykonaniu robót wyniosła dłużej niż 28 dni kalendarzowych, co stanowiło zastrzeżoną w umowie przesłankę do odstąpienia.

Zdaniem odwołującego odstąpienie od umowy przez zamawiającego było uprawnione w świetle okoliczności sprawy. Powody rozwiązania umowy nie stanowią wszystkich przykładów naruszeń postanowień umownych, zarzucanych przez zamawiającego wykonawcy. Natomiast dotyczą świadczenia głównego i w tym kontekście uzasadniają twierdzenie, że umowa nie została wykonana w istotnym zakresie. O tym, że mamy do czynienia z niezrealizowaniem umowy w takim właśnie zakresie, świadczy również to, że wykonawca za wykonane część umowy otrzymał wynagrodzenie w wysokości 3 947 758,49 zł brutto, z umówionych 16 277 424,57 zł brutto, a zatem mniej niż 1/4 wynagrodzenia. Zaprezentowana przez wykonawcę linia obrony dotycząca problemów niezależnych od stron, które wystąpiły na etapie projektowym, nie tłumaczy w żaden sposób postępowania wykonawcy na późniejszym etapie. Zamawiający zaakceptował opóźnienie w wymiarze 351 dni. Strony wciąż były zobowiązane do wspólnego działania w celu realizacji zadania. A w przypadku grożącej wykonawcy rażącej straty ze względu na wystąpienie nieprzewidzianych przeszkód, a na taką zdaje się powoływać wykonawca, nie był on uprawniony do zaniechania robót czy odstąpienia od umowy. W ocenie odwołującego jedyną możliwością prawną był powództwo do sądu w myśl art. 357¹ k.c., którego wykonawca nie wytoczył. Jednocześnie, co wynika ze stanowiska zamawiającego (ZDW w Krakowie), wykonawca nie udowodnił twierdzeń w przedmiocie niezawinionych przeszkód w realizacji kontraktu dotyczących: braku zgodności PFU w zakresie włączenia jezdni dodatkowych do istniejącego układu drogowego, oczekiwania na podjęcie decyzji w sprawie przejęcia od PKP S.A. działek nr 59/9 i 59/10, procedury sprostowania oczywistych omyłek pisarskich w pozwoleniu wodnoprawnym, opóźnienia wynikającego z pozostawienia bez rozpatrzenia wniosku o odstępstwo od przepisów techniczno-budowlanych, opóźnienia wynikającego z konieczności wycofania wniosku o zezwolenie na realizację

inwestycji drogowej. Również na etapie przedmiotowego przetargu nie przedstawiono dowodów świadczących o wystąpieniu tych przyczyn, pomimo wezwania zamawiającego.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie w sprawie „Obwodnicy Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych" w dniu 24.08.2020 r. wniósł do Sądu Okręgowego w Krakowie pozew o zapłatę kary umownej naliczonej w związku z odstąpieniem. Sąd Okręgowy w dniu 23.10.2020 r. wydał nakaz zapłaty. Sprawa jest w toku.

Załącznik nr 5 - dowód pismo ZDW w Krakowie z dnia 27 listopada 2020 r., załącznik nr 6 - dowód oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy z 11.03.2020 r., załącznik nr 7 - dowód protokoły z narad koordynacyjnych: 28.10.2019 r., 20.11.2019 r., 10.12.2019 r., 21.01.2020 r., załącznik nr 8 - dowód notatka z wizji lokalnej z dnia 29.01.2020 r., załącznik nr 9 - dowód protokół odbioru częściowego z 30.08.2019 r., załącznik nr 10 - dowód harmonogram robót REW.3, załącznik nr 11 - protokół inwentaryzacji robót z 15.04.2020 r.

Odnośnie drugiej z umów z ZDW w Krakowie, umowy nr 234/2016/ZDW z dnia 05.12.2016 r. na „Rozbudowę DW 957 Krowiarki - Nowy Targ, zadanie 1 opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót" (załącznik 4), stanowisko zaprezentowane przez wykonawcę jest jednostronne i wręcz nie oddaje rzeczywistości. Już choćby to, że wykonawca uważa za sporną kwestię zakres robót objętych zamówieniem (wykonanie tymczasowego mostu objazdowego w ramach realizacji przebudowy obiektu stałego M1), obligowało go do wykazania tej okoliczności za pomocą dowodów, a nie jedynie zaprezentowania swojego twierdzenia co do danego faktu. Według odwołującego konsorcjum co najmniej miało obowiązek przedstawić umowę, w tym opis przedmiotu zamówienia oraz pełne stanowisko tamtego zamawiającego. Spółka Trakcja (w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. w Białymstoku) przedmiotową umowę wykonała częściowo. Zostały odebrane jedynie prace projektowe wraz z uzyskaniem stosownych decyzji administracyjnych, a umowa w zakresie robót budowlanych została zrealizowana częściowo. Umówione wynagrodzenie wynosiło 23 372 011,86 zł brutto. Wykonawcy zapłacono kwotę 12 886 062,01 zł. Termin realizacji umowy wyznaczono na dzień 04.12.2019 r., którego nie dotrzymano. Umowa została zrealizowana w ok. 55%. Uprawnione jest zatem według odwołującego twierdzenie, że w istotnej części nie została zrealizowana.

W dniu 23.06.2020 r. zamawiający odstąpił od umowy. W złożonym wykonawcy oświadczeniu wskazano na następujące okoliczności świadczące o winie wykonawcy. Spółka Trakcja (działająca w konsorcjum) odmówiła realizacji umownego zakresu zadania, na który składała się również budowa mostu objazdowego niezbędnego do realizacji przebudowy obiektu mostowego M1, tj. mostu drogowego w Ludźmierzu na potoku Roqoźnik. Dokumentacja przedmiotowego postępowania przewidywała „planowaną przebudowę w/w mostu wraz z budową mostu objazdowego w przypadku nie uzyskania zgody zarządców dróg na poprowadzenie objazdu". Warunek ten przewidziano w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w PFU oraz powtórzono w wyjaśnieniach SIWZ. Dokumenty te wraz z umową opisują przedmiot umowy. W wykonaniu umowy wykonawca sporządził dokumentację projektową uwzględniającą budowę mostu objazdowego na czas przebudowy mostu stałego M1 (projekt architektoniczno-budowlany i materiały do opinii ZRID sporządzone w lutym 2018 r. i przekazane zamawiającemu). Zamawiający zaakceptował złożoną dokumentację i oczekiwał jej realizacji w uzgodnionym kształcie. Wykonawca nie zapewnił tymczasowego mostu objazdowego, co w związku z brakiem uzyskania przez wykonawcę zgody właściwych organów na poprowadzenie objazdów, uniemożliwiło przebudowę mostu stałego M1. Ponadto, wykonawca opóźniał się z wykonaniem prac na odcinkach mu przekazanych przez zamawiającego, pomimo deklaracji zakończenia prac drogowych w 2019 r. Nie stosował się również do swojego harmonogramu, który według niego przedstawiał realne terminy wykonania umowy. W dniu 09.10.2019 r. wykonawca wstrzymał prowadzenie robót i następnie zaprzestał całkowitego ich prowadzenia. Zamawiający obciążył wykonawcę karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w umowie, tj. w kwocie 2 337 201,19 zł. Załącznik nr 5 - dowód pismo ZDW w Krakowie z dnia 27 listopada 2020 r., załącznik nr 12 - dowód oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu z dnia 19.06.2020 r., wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, załącznik nr 13 - dowód harmonogram z 14.11.2019 r., załącznik nr 14 - dowód operat kolaudacyjny, załącznik nr 15 - dowód notatki z narady z: 08.02.2018 r., 19.04.2018 r., 21.08.2018 r., 31.08.2018 r., 08.03.2019 r., 28.10.2019 r. i 21.01.2020 r.

Odnośnie umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z 19.04.2017 r. z ZDW w Bydgoszczy na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno-Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146" zauważyć należy co następuje. Prowadzenie przez wykonawcę z ZDW w Bydgoszczy rozmów ugodowych jest bez znaczenia prawnego w tym przetargu. Zamawiający odstąpił od umowy, zrealizowanej jedynie w 23%, ponadto umowa aneksowana była 19 razy. Inwestycja była kontrolowana przez Najwyższą Izbę Kontroli. W świetle dokonanych ustaleń niezależnej od stron umowy instytucji odstąpienie od umowy z wykonawcą w dniu 05.04.2019 r. było zasadne. Bardzo duże opóźnienia w wykonawstwie z powodu niedostatecznego zaangażowania w realizację przedmiotu umowy były przesłanką odstąpienia od umowy, w tym ostateczne porzucenie robót.

Kolejną umową, w której nastąpiło odstąpienie zamawiającego jest umowa zawarta z GDDKiA na zaprojektowanie i wykonanie „Rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin Knybawa". W dniu 17.08.2020 r. GDDKiA odstąpiła od umowy zawartej z Trakcją S.A. w Warszawie (w konsorcjum z Masfalt Sp. z o.o. i AB Kauno Tiltai). Zgodnie z oświadczeniem GDDKiA powodem odstąpienia było zaprzestanie przez wykonawcę prowadzenia robót budowlanych w żądanym zakresie. Pomimo licznych wezwań ze strony zamawiającego i inżyniera kontraktu wykonawca nie przystąpił do realizacji prac po upływie okresu zimowego, a także nie deklarował żadnego terminu wznowienia robót. Umowa zrealizowana została w około 47 %. Komisja Rozjemcza powołana przez zamawiającego i wykonawcę wskazała na potrzebę przesunięcia terminu wykonania umowy do kwietnia 2020 r. W chwili odstąpienia od umowy, w sierpniu 2020 r. nie wykonano nawet 50% zadania. GDDKiA odstąpiła od umowy ze względu na zaprzestanie wykonywania przez wykonawcę robót. Od wielu miesięcy wykonawca miał opóźnienie, które się powiększało. Na podstawie deklaracji wykonawcy nie było można też określić, w jakim terminie planuje ukończyć całe zadanie, ponieważ termin końcowy ulegał ciągłym przesunięciom.

Stanowisko wykonawcy w złożonych w postępowaniu wyjaśnieniach nie zostało poparte żadnymi obiektywnymi dowodami i nie przedstawiono pełnego stanu faktycznego, znów wprowadzając w błąd zamawiającego. Obraz przedstawiony zamawiającemu jest wyłącznie jednostronny, tylko sygnalizuje zarzuty zgłaszane przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, w żaden sposób ich nie opisując.

Umowy zawarte z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10- etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj, umowa nr 745/136.WZP/18 z dnia 17.10.2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do

skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj"). W ocenie odwołującego wykonawca nie przedstawił żadnego materiału dowodowego na poparcie swoich twierdzeń i jak powyżej, znów nie wyjaśnił wszechstronnie stanu faktycznego sporu. Praktycznie pominięcie stanowiska drugiej strony – inwestora, w zaistniałym sporze nie jest wszechstronnym wyjaśnieniem stanu faktycznego sprawy, jest zaś dosadnym przykładem wprowadzania w błąd zamawiającego, poprzez przemilczanie i ukrywanie stanu rzeczywistego i stanu wiedzy. Z wyjaśnień wynikają tylko zarzuty formułowane przez wykonawcę wobec inwestora, tymczasem to zamawiający odstąpił od umowy. Zdawkowe przytoczenie podstaw wskazanych w odstąpieniu nie czyni zadość wezwaniu zamawiającego. Zaś zamawiający zamiast wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., akceptuje takie szczątkowe wyjaśnienia stanu faktycznego wiadomego wykonawcy, czym w sposób rażący naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Podsumowując, w opinii odwołującego wskazane umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zostały wykonane przez Trakcje PRKiI. Wszystkie wykonano w niewielkim zakresie, co najwyżej w połowie. W przypadku każdej z umów zamawiający miał zastrzeżenia w zakresie odpowiedniego zaangażowania sprzętowo-osobowego wykonawcy. Jednocześnie wyjaśnienia wykonawcy budzą spore wątpliwości w przedmiocie, w jakim wykonawca powołuje się niemal przy każdym zamówieniu na błędy w opisie przedmiotu zamówienia. Wszyscy inwestorzy to profesjonalne podmioty, trudniące się na co dzień zarządem dróg, dysponujące kadrą oraz doświadczeniem, odpowiednim do zamawiania robót budowlanych w zakresie dróg. Wiarygodność wykonawcy podważa również informacja zawarta w skróconym sprawozdaniu finansowym za okres 6 miesięcy zakończony 30.06.2020 r. o istnieniu ryzyka zagrożenia kontynuacji działalności. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku sygn. akt: KIO 1034/17: „Warunkiem *sine qua non* takiej procedury - jak podkreśla się w orzecznictwie jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, przyznanie następuje w JEDZ w jego części przez, którego ma dotyczyć samooczyszczenie." Kiedy zdaniem odwołującego informacje przekazywane zamawiającemu były szczątkowe i jednostronne, wykonawca zatajał pełny i prawdziwy stan faktyczny, zatem powinien w każdym takim przypadku, być dodatkowo wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

Zamawiający w SIWZ przewidział podstawę wykluczenia w oparci o w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., tym samym był obowiązany analizując sytuację podmiotową wykonawcy do zweryfikowania informacji przedstawienia w wyjaśnieniach wykonawcy. Do takiej weryfikacji nie doszło. Zamawiający nie dysponuje chociażby stanowiskiem inwestorów w tych sprawach, nie mówiąc już o dokumentacji dotyczącej budowy, a powinien ją otrzymać od wykonawcy, który z pewnością kompletem informacji i dowodów dysponował, ale je zataił, w ten sposób dodatkowo wprowadzając w błąd zamawiającego. W ramach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. ustawodawca przesądził, iż podanie (zatajenie) informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, godzi w rzetelność wykonawcy, czego efektem winno być wykluczenie takiego wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenie temu podmiotowi zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO i sądów okręgowych, podanie informacji wprowadzających w błąd może nastąpić zarówno przez podanie informacji, jak i ich zatajenie, w tym nawet poprzez nieprzetłumaczenie fragmentu dokumentu, który znajdował się w ofercie w języku obcym (tak KIO 1942/16 i KIO 1952/16, a także sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku XII Ga 1019/16). Za informacje wprowadzające w błąd może być więc z pewnością także uznane zatajenie przez wykonawcę informacji istotnych dla legalnego rozstrzygnięcie przetargu publicznego.

Zdaniem odwołującego w postępowaniu zrealizowały się przesłanki uregulowane w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., doszło do niewykonania umów w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającymi (oświadczenia o odstąpieniu złożone przez zamawiających). Wykonawca w istotny sposób nie wykonał wykonawca przyjętych zobowiązań, przede wszystkim realizując umowy w niewielkim zakresie, zaprzestając wykonywania robót i odmawiając powrotu na plac budowy, a także nie współpracując z zamawiającym pomimo licznych wezwań danego zamawiającego w każdej sprawie. Kiedy zgodnie z prezentowaną w orzecznictwie wykładnią tej normy już samo uporczywe niewywiązywanie się z obowiązków może świadczyć o tym, że doszło do spełnienia przesłanki „istotności" (tak wyrok KIO 454/18). Ponadto zwlekanie z czynnością samooczyszczenia, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy i dobrowolnie taką procedurę przeprowadził. Nieuzasadnione zwlekanie z tą czynnością, przeczy skuteczności *self-cleaning*, a tym samym rzetelności samooczyszczenia wykonawcy, i świadczy jedynie o formalnym wybiegu wykonawcy. Procedura ta nie ma charakteru pełnego, kompleksowego, w konsekwencji nie może być uznana za skuteczną.

II.Zarzut naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

Zamawiający w SIWZ w pkt I rozdziału XIV wskazał m.in. następujące kryteria oceny ofert: K6 doświadczenie kierownika budowy, K7 doświadczenie kierownika robót drogowych, K8 doświadczenie kierownika robót drogowych w zakresie torowiska, które odpowiednio opisał, i tak kryterium „doświadczenie kierownika budowy" - K6 (tak samo doświadczenie kierownika K7 i kierownika K8) będzie rozpatrywane na podstawie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osoby wyznaczonej przez wykonawcę do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika budowy, zawartych w dołączonej do formularza oferty.

Odwołujący zacytował fragmenty SIWZ dotyczące kryteriów doświadczenia dla kierowników i podniósł, że w załączniku nr 1 do oferty konsorcjum wskazało, że pan J. M., pełniący funkcję kierownika budowy (K6), posiada punktowane doświadczenie zdobyte przy realizacji zadania: Budowa drogi gminnej ul. Stary Tor w Łomiankach na odc. od Brukowej do ul. Pancerz - budowa drogi o dł. 600 m, zadanie na zurbanizowanych terenach miejskich. Okres realizacji i pełnienia funkcji: od 09.07.2012 do 17.04.2013. Natomiast z informacji udzielonej odwołującemu przez inwestora wynika, że w ramach tego zadania wybudowano drogę o długości poniżej 500 m, a data zakończenia robót i ostatecznego odbioru to 02.12.2012. Załącznik nr 23 dowód - pismo z dnia 3 grudnia 2020 r. Burmistrza Łomianek, wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. A zatem nieprawdziwa jest informacja zawarta w załączniku nr 1 do oferty konsorcjum (odpowiednio w wykazie osób), że pan J. M. zdobył doświadczenie przy realizacji zadania budowa drogi gminnej ul. Stary Tor w Łomiankach polegające na budowie drogi o długości 600 m. Zaś w przypadku zadania ul. Janczewicka w Słominie - budowa drogi o dł. 725,9 m, nieprawdziwa jest informacja, że zadanie zostało zrealizowane na zurbanizowanym terenie miejskim, ponieważ w opinii odwołującego Słomin, to wieś w Polsce położona w województwie mazowieckim, w powiecie pruszkowskim, w gminie Raszyn - nie jest więc zurbanizowanym terenem miejskim.

Dalej odwołujący wskazał, że pan R. M., pełniący funkcję kierownika robót drogowych (K7), posiada punktowane doświadczenie, zdobyte przy realizacji zadania przebudowa drogi wojewódzkiej nr 678 na odcinku Białystok - Kleosin - przebudowa drogi o dł. 2,3 km, miejsce realizacji: dw 678 na odc. Białystok-Kleosin, zurbanizowane tereny miejskie, oraz zadania modernizacja ciągów komunikacyjnych wzdłuż ulicy Sienkiewicza i modernizacji Pasażu Rudowskiego, przebudowa drogi o dł. 0,6 km, miejsce realizacji: Piotrków Trybunalski, zurbanizowane tereny miejskie. Kiedy z informacji udzielonej przez inwestora pierwszego z zadań wynika, że przedmiot zamówienia obejmował roboty na terenie pozamiejskim, tj. na odcinku DW 678 w m. Kleosin na styku z granicą miasta Białystok, tym samym zadanie

nie było realizowane na zurbanizowanym terenie miejskim, a nawet na terenie miejskim. Załącznik nr 24 - dowód pismo z dnia 07.10.2020 r. Podlaskiego ZDW wraz z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. Z kolei z informacji udzielonej przez Urząd Miasta Piotrków Trybunalski wynika, że długość modernizowanej drogi wyniosła 0,25 km, a nie 0,6 km jak wskazał wykonawca w załączniku nr 1 do oferty. Co więcej, pan R.M. pełnił funkcje KB od 01.07.2006 r., gdy na budowie funkcjonował inny KB – R.R. (wpis w dzienniku budowy 12.06.2006), a odbiór zadania nastąpił 01.08.2007. W związku z tym nieprawdziwa jest informacja, zawarta w załączniku nr 1 do oferty, (odpowiednio w wykazie osób), że przebudowa drogi wojewódzkiej nr 678 na odcinku Białystok - Kleosin realizowana była na zabudowanym terenie miejskim. Również nieprawdą jest, że „Modernizacja ulic Sienkiewicza i Pasażu Rudowskiego w Piotrkowie Trybunalskim" polegała na przebudowie drogi o dł. 0,6 km. Nieprawdziwa jest też informacja, że R.M. pełnił funkcję kierownika budowy przy tym zadaniu przez cały okres jego realizacji, oraz że inwestycja zakończyła się w dniu 22.12.2006 r. Odnośnie zaś zadań „Modernizacja ul. Rosoła na odcinku ul. Belgradzka – Jeżewskiego" oraz „Przebudowa ul. Cynamonowej etap I i II" zdaniem odwołującego inwestycje te nie polegały na budowie drogi. Zarzut ten potwierdza dokumentacja przetargowa tych zadań, w tym opisy przedmiotu zamówienia.

Następnie wskazano, że konsorcjum powołało się na doświadczenie pana K. K., pełniącego funkcję kierownika robót drogowych w zakresie torowisk (K8) zdobyte przy przebudowie ulicy Chrobrego w Świętochłowicach. Zadanie obejmowało min. przebudowę drogi o długości ok. 900,00 mb na zurbanizowanych terenach miejskich. W piśmie z 16 października 2020 r., inwestor poinformował, że lokalizacja ulicy Chrobrego objęta zakresem inwestycji, nie mieści się raczej w definicji obszaru zurbanizowanego, gdyż w okresie budowy w tym miejscu znajdowały się przeważnie tereny zielone i pola uprawne. Tym samym, oświadczenie wykonawcy co do zrealizowana zadania na zurbanizowanym terenie miejskim przez ww. kierownika nie odpowiada rzeczywistości. Zatem nieprawdziwa jest informacja, że Przebudowa ul. Chrobrego w Świętochłowicach obejmowała zurbanizowane tereny miejskie.

Jak wynika dla odwołującego z dokumentacji postępowania kategoria „terenów miejskich zurbanizowanych" miała dla zamawiającego szczególne znaczenie. Zamawiający już w pkt 1 rozdziału III SIWZ wskazał, że zamówienie realizowane będzie na w pełni zurbanizowanych i użytkowanych ulicach miejskich, pod ruchem, według dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej opracowanej przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego z Gdańska, zgodnie z uzyskanymi decyzjami o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wydanymi na podstawie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Zamawiający wymaga, aby realizacja kontraktu prowadzona była nieprzerwanie na kilku ulicach jednocześnie, a roboty należy rozpocząć od drogi objazdowej dla ul. Krasickiego i przebudowy napowietrznej linii energetycznej 110 kV oraz ulicy Wilczyńskiego na os. Pieczewo i w ramach węzła przesiadkowego Wysoka Brama, na Placu Jedności Słowiańskiej.

Jednocześnie, mając na uwadze opisane przez zamawiającego okoliczności realizacji zamówienia, dla każdego profesjonalisty oczywistym jest, że zamawiający przewidział adekwatny, proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia warunek udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał, że należycie zrealizował w okresie 8 lat przed terminem składania oferty dwie umowy na roboty budowlane, każda obejmująca budowę lub przebudowę drogi minimum klasy Z o długości co najmniej 500 m na zurbanizowanych terenach miejskich. Doświadczenie prowadzenia robót na zurbanizowanych terenach miejskich było również punktowane w przypadku kadry, zatem jest to informacja istotna w tym przetargu, także z tego punktu widzenia. Zawarte w załączniku nr 1 stanowiącym informacje dotyczącą pozacenowych kryteriów osobowych oceny ofert oświadczenia ww. zakresie składane w celu zdobycia punktów w ramach kryteriów K6, K7 i K8 nie polegały na prawdzie, zatem wykonawca usiłował wprowadzić w błąd zamawiającego, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Te same zadania znalazły się również w wykazie osób składanym na wezwanie zamawiającego.

Postępowanie wykonawcy zrealizowało przesłanki wykluczenia z postępowania zarówno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 p.z.p. Jak również na podstawie art. 14 ustawy p.z.p. do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - tutaj art. 355 § 2 k.c. w zakresie którego odwołujący przytoczył poglądy orzecznictwa i doktryny oraz dodał, że za profesjonalistę należy również uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zaś konsorcjum podało informacje niezgodne z rzeczywistością, które podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Do ich podania doszło na skutek co najmniej lekkomyślności. Jak w przypadku długości wymaganej drogi, możliwa była prosta weryfikacja w oparciu o posiadany przez wykonawcę protokół końcowy. Jednocześnie, żadna procedura sanacyjna w tym zakresie nie mogła być wdrożona, jak przesądziła Izba w wyroku zapadłym na tle przedmiotowego przetargu w sprawie KIO 2095/20.

III.Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p.

Odwołujący wskazał na treść rozdziału V pkt 2 pkt 2 ppkt d SIWZ i podniósł, że w wykazie osób, złożonym na wezwanie zamawiającego, konsorcjum wskazało pana K.K. i m.in. zadanie nr 48 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu w ul. Bytomskiej na odcinku od ul. Bolesława Chrobrego do ul. Młyńskiej" i zadanie nr 52 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu wzdłuż ulic: Marcina Lutra, Plac Krakowski Wiktora Brysza i Wolności".

Zdaniem odwołującego modernizacja torowiska tramwajowego nie jest budową lub przebudową torowiska tramwajowego. A wątpliwości, które nasuwają mu się już choćby w związku z nazwą zadania, nie zostały wyjaśnione przez konsorcjum, pomimo wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Na wykonawcy ciąży obowiązek wyjaśnienia, w sposób niebudzący żądnych wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jednocześnie zamawiający jest uprawniony do ponownego wezwania wyjaśnień wykazu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w razie nieuwzględnienia powyższego i otwarcia rozprawy, wniesiono o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według rachunków, które zostaną przedłożone w trakcie rozprawy.

Ponadto, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego oraz konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, Polimex Mostostal S.A., Aleja Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa i Trakcja S.A. Al. Jerozolimskie, 00-807 Warszawa (dalej zwanych jako „przystępujący Polimex") zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący Polimex przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p., a także, iż odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Izba stwierdziła dalej, że odwołanie częściowo podlega odrzuceniu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji tenoru wyroku. Skład orzekający nie podzielił stanowiska zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, w której wniesiono o odrzucenie środka zaskarżenia, jako wniesionego po terminie, tym niemniej ustalony stan rzeczy powoduje, że zarzut dotyczący okoliczności ocenianych przez zamawiającego w pozacenowym kryterium oceny ofert, w zakresie doświadczenia kierowników, jest zarzutem spóźnionym.

W ramach notoriów urzędowych skład rozpoznający spór ustalił, że jest to drugie odwołanie dotyczące oceny i badania ofert w przedmiotowym przetargu. Pierwsze odwołanie, wniesione w wyniku zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 sierpnia 2020 r., zostało rozpoznane przez Izbę pod sygn. akt: KIO 2095/20 i dotyczyło okoliczności związanych z sytuacją podmiotową wykonawcy ZUE S.A. w Krakowie, gdzie nakazano wykluczyć tego wykonawcę z postępowania i dokonać ponownej oceny ofert. Rozstrzygnięcie Izby utrzymano wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 4 grudnia 2020 r. sygn. akt: V Ga 365/20.

Po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w przetargu zamawiający dokonał oceny zdolności podmiotowych przystępującego Polimex, który znalazł się na pierwszym miejscu w rankingu, po eliminacji oferty ZUE S.A. w Krakowie. Dokonano także przeliczenia punktacji w zakresie kryterium cena, skoro najtańszą stała się oferta przystępującego. Zgodnie z aktami postępowania odwoławczego zamawiający nie zmieniał, nie analizował, ani nie oceniał ponownie okoliczności podanych w ofertach, dotyczących doświadczenia kierowników punktowanego w kryterium K6, K7 i K8, nie zostało to bowiem zaskarżone przez żadnego z wykonawców. W przetargu, co istotne dla rozpoznawanego sporu, w wyniku ponownego wyboru, dokonano jedynie oceny i badania sytuacji podmiotowej przystępującego Polimex.

Dalej ustalono, że zgodnie z pkt 2 rozdziału II SIWZ przetarg prowadzony jest w tzw. procedurze odwróconej, czyli z zastosowaniem art. 24aa ust. 1 p.z.p. Krótko przypomnieć należy, że procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością i zakresem przeprowadzanych przez zamawiającego czynności w ramach etapu badania i oceny ofert. Stosując tryb z art. 24aa ust. 1 p.z.p., po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat ustalonych kryteriów i wyłania ofertę najwyżej ocenioną, najlepszą. Po tym etapie dokonuje się oceny podmiotowej, ale tylko wykonawcy najlepszego. Zamawiający, stosując procedurę odwróconą, najpierw dokonuje oceny ofert – w tym co relewantne ustala ranking złożonych ofert, dokonując weryfikacji i przyznając punkty w kryteriach oceny ofert (zgodnie z danymi zawartymi w ofertach) – a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwięcej punktów, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (ocenia jego sytuację podmiotową).

Warto przy tym zaznaczyć, że właśnie wobec zastosowania procedury odwróconej, orzecznictwo Izby i sądów powszechnych stanęło na stanowisku, że nie tylko wykonawcy drugiemu w rankingu należy przyznać interes w skarżeniu wyboru oferty najwyżej ocenionej. Skoro nie dokonuje się weryfikacji podmiotowej wszystkich przedsiębiorców, którzy złożyli oferty, to także wykonawca z pozycji trzeciej (jak oceniono ofertę odwołującego w zawiadomieniu o wyborze z dnia 17 sierpnia 2020 r.) posiada legitymację materialną do zaskarżenia wyboru. Odwołujący nie zdecydował się na wniesienie odwołania dotyczącego okoliczności faktycznych związanych z oceną zamawiającego w kryterium doświadczenia kierowników po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zaskarżono to w ramach drugiego wyboru.

W tych okolicznościach należało ocenić, czy został zachowany właściwy termin na wniesienie zarzutów odwołania, ponieważ zdaniem zamawiającego i przystępującego Polimex zarzuty odnoszące się do danych ocenianych w kryterium doświadczenia kierowników są w sposób oczywisty spóźnione. Natomiast odwołanie od tych okoliczności należało wnieść najpóźniej do 27 sierpnia 2020 r. – czyli w dziesięciodniowym terminie, który rozpoczął bieg od momentu przekazania wykonawcom, wraz z pierwszą informacją o wyborze, wyniku badania i oceny zamawiającego w przedmiocie danych ocenianych w kryterium doświadczenia kierowników, zawartej w tabeli punktacji ofert (która w żaden sposób nie uległa zmianie). Dodano także, iż każda z okoliczności podnoszona przez odwołującego dla poszczególnych kierowników (realizowanie zadania na zurbanizowanym terenie miejskim, wybudowanie drogi o długości 500 m, pełnienie funkcji przez 12 miesięcy) w ramach zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania, została zweryfikowana i oceniona przed pierwszym wyborem, i na późniejszym etapie nie zmieniano oceny w tym zakresie, ponieważ zamawiający jest związany wynikami analizy dokonanej na potrzeby konieczności ustalenia rankingu ofert, którą przekazał wykonawcom w dniu 17 sierpnia 2020 r. i która, do czasu rozpoznania obecnego odwołania, nie została zaskarżona.

Skład rozpoznający spór podzielił stanowisko zamawiającego i przystępującego Polimex, iż termin na wniesienie odwołania w tym zakresie rozpoczął bieg po zapoznaniu się przez odwołującego z danymi, na podstawie których przyznano punkty (załącznik nr 1 do oferty przystępującego Polimex pt. kryteria pozacenowe) oraz oceną zamawiającego wyrażoną w rankingu, w której wskazano przyznane punkty za kryterium doświadczenia kierowników (K6, K7 i K8). W ustalonym stanie rzeczy pierwsze zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierające ocenę zamawiającego co do danych ocenianych w kryterium, stanowi informację o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia zarzutu dotyczącego badania i oceny załącznika nr 1 do oferty przystępującego (art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Zatem odwołanie, bazujące na okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia zarzutów dotyczących danych ocenianych w kryterium, a zarazem oceny ich przez zamawiającego, którą zwieńczyła informacja o ustalonym rankingu ofert, należało wnieść w terminie do dnia 27 sierpnia 2020 r. W szczególności wobec faktu, że pomimo ponownego rozstrzygnięcia przetargu, zamawiający nie dokonywał kolejnej weryfikacji tych informacji, nie doszło do zaistnienia nowych okoliczności, które pozwoliłyby uznać, że bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie należy rozpocząć na nowo.

Po dniu 17 sierpnia 2020 r. nie podejmowano żadnych czynności co do danych kierowników, nie anulowano dokonanej oceny, nie pojawiły się w postępowaniu żadne okoliczności dotyczące oferty przystępującego Polimex, wpływające na ranking w przedmiotowym kryterium oceny ofert. Odwołujący poznał informacje z oferty przystępującego,

kiedy się z nią zapoznał, a ocenę zamawiającego w zakresie weryfikacji i oceny danych z kryterium (czyli przyznanie informacjom zawartym w załączniku nr 1 do oferty punktów w ustalonym kryterium, a zarazem uznania ich przez zamawiającego za prawidłowe i prawdziwe) ujawniono w pierwszym zawiadomieniu o wyborze, z dnia 17 sierpnia 2020 r. Także odwołujący nie wskazał żadnej okoliczności, która pozwalałaby Izbie na podzielenie jego stanowiska o wniesieniu zarzutu w terminie. Wskazanie na czynność drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynności będącej podstawą postawienia zamawiającemu przedmiotowego zarzutu jest wadliwe i stanowi próbę obejścia prawa, skoro wiedzę o czynnościach i zaniechaniach zamawiającego, z którymi odwołujący polemizuje w omawianym zarzucie, powzięto już po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, jak wcześniej wspomniano, ustawodawca nie ogranicza prawa do wniesienia odwołania wykonawcom, którzy w rankingu zajęli dalsze pozycje, kiedy zamawiający zastosował odwróconą procedurę oceny i badania ofert, a mając na uwadze treść art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 p.z.p. oraz zasadę koncentracji środków ochrony prawnej trudno postępowanie odwołującego uznać za uzasadnione i objąć ochroną prawną.

Izba podzieliła także stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 17 marca 2016 r. sygn. akt: XXIII Ga 104/16, gdzie trafnie wskazano, że ponowny wybór, nakazujący powtórzenie badania i oceny ofert, nie cofa sytuacji w postępowaniu (rozumianym jako całość) do stanu istniejącego sprzed unieważnienia tej czynności. Czynności, które nie były kwestionowane w postępowaniu odwoławczym kontynuują swój byt i zamawiający obowiązany jest do uwzględnienia wynikających z nich konsekwencji. Restrykcyjny charakter przepisów ustawy wymaga od osób ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. W związku z tym odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oceny metodyki skarżącej w kryterium metodyka (o czym skarżąca dowiedziała się z uzasadnienia przyznania punktacji w tym kryterium z pierwszej informacji o wyborze oferty – przyp. Izba) było spóźnione i podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zdaniem Sądu Okręgowego dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający nie zmienił oceny metodyki odwołującej, ani jej uzasadnienia. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania w zakresie dokonanej oceny oferty skarżącej upłynął 5 czerwca 2015 r. (w terminie 10 dni od powzięcia przez skarżącego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania dotyczących badania i oceny jego oferty w zakresie podkryterium metodyka). Poza sporem pozostawała okoliczność, że skarżąca w przywołanym orzeczeniu nie złożyła wówczas odwołania od dokonanej przez zamawiającego czynności. Zaś odwołanie dotyczące oceny oferty w kryterium metodyka, wniesione wobec drugiego wyboru, zostało uznane za spóźnione.

W omawianym orzeczeniu trafnie zauważono także, że zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, jest kluczową zasadą polegającą na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Dodano, że aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (sygn. akt: V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przyjęcie do merytorycznego rozpoznania zarzutów, które dotyczyły okoliczności, o których odwołujący dowiedział się w ramach pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – treść załącznika nr 1 do oferty przystępującego Polimex oraz wynik jego weryfikacji i oceny przez zamawiającego, o czym poinformowano wszystkich wykonawców w dniu 17 sierpnia 2020 r. i co nie uległo ponownej analizie, ani jakiejkolwiek zmianie – stanowiłoby naruszenie norm wskazujących na obowiązek wniesienia zarzutów w ustawowym terminie dziesięciu dni od daty powzięcia wiedzy o rzeczonych okolicznościach i byłoby nieuprawnionym przywróceniem zawitego terminu, któremu odwołujący uchybił. Rozpoznanie zarzutu, którego podstawą są okoliczności ściśle związane z analizą w rankingu, co należy oceniać mając na względzie charakterystykę oceny ofert w procedurze odwróconej, a także fakt, że informację o czynności oceny w punktacji przedstawiono 17 sierpnia 2020 r., stanowiłoby także naruszenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej, stanowiąc przyzwolenie, aby istniejące uprzednio okoliczności nie były podstawą do wniesienia zarzutów w terminie dziesięciu dni, a służyły za podstawę do wniesienia odwołania, kiedy wykonawca swobodnie uzna, że to jest mu na rękę. Usankcjonowanie możliwości przywrócenia zawitego terminu na wniesienie odwołania jest niedopuszczalne na kanwie p.z.p., a także byłoby sprzeczne z zasadami naczelnymi zamówień publicznych.

Skład orzekający nie podzielił natomiast stanowiska zamawiającego o zaistnieniu podstaw do odrzucenia odwołania w całości. O ile faktycznie z danymi dotyczącymi rozwiązanych umów i doświadczenia pana K.K. odwołujący mógł zapoznać się wcześniej, to istotnym jest moment ujawnienia oceny zamawiającego w tym przedmiocie. W przetargu, prowadzonym z wykorzystaniem art. 24aa ust. 1 p.z.p. zamawiający dokonał pełnej oceny podmiotowej przystępującego Polimex w ramach drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej, prosząc o złożenie podmiotowych środków dowodowych i przeprowadzając procedurę wyjaśniającą zdolności podmiotowe, a ocena zamawiającego w tym zakresie została przekazana wykonawcom w ramach drugiej informacji o rozstrzygnięciu postępowania – zawiadomienie z dnia 4 grudnia 2020 r. Od tej daty rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania w tym przedmiocie, zatem w ocenie Izby pozostałe zarzuty odwołania zostały wniesione we właściwym terminie.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu wycofano zarzut nr 1 w zakresie, w jakim dotyczy umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, w przedmiocie „Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Goliszewo - węzeł autostrady A1 w Stanisławie" oraz umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146", co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji orzeczenia.

Należy także zaznaczyć, że granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (art. 192 ust. 7 p.z.p.). Jeżeli więc odwołujący na

późniejszy etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji, w której art. 192 ust. 7 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji.

Po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej. Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili wniesienia środka zaskarżenia (art. 180 ust. 3 p.z.p.). Orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich okoliczności w odwołaniu. Natomiast wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego należy korzystać, przede wszystkim we własnym interesie. Zatem krytycznie należy odnieść się do nieuprawnionej próby uzupełnienia odwołania po terminie na jego wniesienie, w postaci pisma z dnia 18 stycznia 2021 r., które zostało złożone dopiero na posiedzeniu.

Aby skład orzekający mógł ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem, w p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego, zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy odwołujący, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 180 ust. 3 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw do wniesienia odwołania w ustawowym terminie. Zatem skoro takiej normy nie ma, uzupełnienie odwołania jest nieznane procedurze p.z.p. – ponieważ ustawodawca nie zdecydował się na umożliwienie uzupełnienia środka zaskarżenia po terminie na jego złożenie, działanie odwołującego jest niezgodne z ustawą p.z.p.

Jedynie na marginesie należy dodać, że argumentacja odwołującego, iż powodem usiłowania uzupełnienia treści odwołania, jest nieudostępnienie mu całości wnioskowanej dokumentacji (str. 3 stanowiska strony z 18.01.2021 r.), została podniesiona dla pozoru. Treść uzupełnienia odwołania nie dotyczy bowiem protokołu postępowania, ani wezwań i odpowiedzi poszczególnych inwestorów (których stanowisko odwołujący znał z wyjaśnień przystępującego Polimex złożonych w przetargu), a jest to odniesienie do wezwania zamawiającego z dnia 6 października 2021 r. i udzielonej na nie odpowiedzi przystępującego Polimex (str. 6 - 10 ww. stanowiska procesowego), załącznika nr 1 do oferty wykazu osób z doświadczeniem punktowanym w kryterium pozacenowym dotyczącym kierowników (str. 10 - 19) i wywód w zakresie zasady legalizmu (str. 20 - 21). Nowe okoliczności, nawet w sposób luźny, nie zostały powiązane z rzekomym powodem, który miał sankcjonować uchybienie przez odwołującego terminowi na wypełnienie wymogów art. 180 ust. 3 p.z.p.

Postępowanie przed Izbą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem. Zatem czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Natomiast skuteczny upływ terminu określonego na wniesienie odwołania i brzmienie art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 p.z.p. uniemożliwia Izbie orzekanie z przekroczeniem treści odwołania. Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami odwołania, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego, był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby, sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego (*vide* uchwała Sądu Najwyższego z 17.02.2016 r. sygn. akt: III CZP 111/15, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25.05.2012 r. sygn. akt: XII Ga 92/12).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym Polimex, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie, w części, gdzie nie doszło do rozstrzygnięcia formalnego (pkt 1 i pkt 2 sentencji), jako nieposiadające uzasadnionych podstawy, zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż w ofercie przystępującego Polimex, w oświadczeniu JEDZ wykonawcy Trakcja PRKil S.A. w Warszawie, na str. 19, wskazano cztery umowy, które zostały rozwiązane przed czasem:

1. umowę nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Goliszewo - węzeł autostrady A1 w Stanisławie", gdzie zamawiającym jest Województwo Pomorskie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku,
2. umowę nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146", gdzie zamawiającym jest Województwo Kujawsko-Pomorskie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy,
3. umowę nr 170/2016/ZDW z dnia 15 września 2016 r. na „Obwodnicę Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781– zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych", gdzie zamawiającym jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie,
4. umowę nr 234/2016/ZDW z dnia 5 grudnia 2016 r. na „Rozbudowę DW 957 Krowiarki-Nowy Targ, zadnie 1 – opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót", gdzie zamawiającym jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie.

W zakresie umów nr 3 i nr 4, które są objęte zakresem zaskarżenia, wykonawca w JEDZ wskazał, że winę za brak dalszej realizacji ponosi zamawiający, czemu dano wyraz składając oświadczenie o odstąpieniu od realizacji umów, prawdopodobne jest poddanie sporów pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego, a wykonawca „jednoznacznie deklaruje, że nie doszło do zmaterializowania się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (…) przedstawiona informacja jest konsekwencją brzmienia formularza JEDZ, który w pytaniu pomija okoliczność przyczyn prowadzących do rozwiązania umowy, wskazując jedynie na zaistnienie tego stanu". Dalej, na pytanie czy przedsięwzięto środki w celu wykazania rzetelności (samooczyszczenie) zaznaczono odpowiedź „nie".

Kolejno z materiału procesowego wynika, że pismem z dnia 6 października 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p., wezwał przystępującego Polimex, aby złożył „w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy – wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące stanu faktycznego oraz przyczyn rozwiązania umów realizowanych przez członka konsorcjum Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie (…) z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie oraz umowy zawartej z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad na zaprojektowanie i wykonanie zadania pod nazwą „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin Knybawa (…), jak również dowody potwierdzające, że przyczyny rozwiązania wymienionych umów nie leżały po stronie członka konsorcjum". W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący Polimex złożył wyjaśnienia z 19 października 2020 r., dotyczące siedmiu umów, wraz z 29 załącznikami.

Izba ustaliła również, że w dniu 15 października 2020 r. zamawiający zwrócił się do inwestorów poszczególnych zamówień wskazując, że w JEDZ Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, na pytanie odnośnie podstaw wykluczenia związanych z wykroczeniami zawodowymi, poinformowano o rozwiązaniu danej umowy, gdzie za brak możliwości dalszej realizacji zobowiązania ponosi zamawiający, czemu wykonawca dał wyraz składając oświadczenie o odstąpieniu od ich realizacji. Poproszono zamawiających o udzielenie informacji, kiedy i na jakim etapie realizacji umów nastąpiła konieczność ich rozwiązania oraz jakie były faktyczne przyczyny rozwiązania umów, a także przedstawienia okoliczności, które wpłynęły na decyzję o rozwiązaniu umów. Zgodnie z aktami postępowania Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (dalej jako „ZDW Kraków"), odpowiedział pismem z dnia 16 października 2020 r., dołączając skany korespondencji i pism w sprawie. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (dalej jako „GDDKiA Gdańsk") odpowiedziała w dniu 23 października 2020 r., a Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (dalej jako „ZDW Poznań") w dniu 12 listopada 2020 r.

Na wstępie należy wskazać, że nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym (wyżej przywołana treść JEDZ przystępującego, wezwanie zamawiającego z 06.10.20 r., a także treść odpowiedzi przystępującego na nie, pkt 15. 3 ze str. 8 protokołu postępowania ZP-PN), że w przetargu zastosowano instytucję *self-cleaningu* uregulowaną w art. 24 ust. 8 p.z.p. Nie potwierdziło się również, aby przystępujący samodzielnie inicjował rzeczoną procedurę. Hipotezy odwołującego, jakoby składane przez przystępującego wyjaśnienia miały podstawę w art. 24 ust. 8 p.z.p., nie znajdują oparcia w dokumentacji przetargu. Odwołujący nie był w stanie tego udowodnić, ponieważ *self-cleaning* nie był przeprowadzony, a twierdzenia strony zdają się mieć charakter życzeniowy, bez związku z faktyczną analizą dokumentów postępowania. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. musiał zostać przez Izbę oddalony, ponieważ jest bezprzedmiotowy.

Nie potwierdziło się także, aby zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wystąpienia do inwestorów (zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 p.z.p.) w celu zweryfikowania stanu faktycznego przedstawionego przez przystępującego. Jak ustalono powyżej z dokumentacji przetargu wynika, że dnia 15 października 2020 r. jednostka zamawiająca, działając na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), zwróciła się do wszystkich inwestorów o złożenie wyjaśnień (*vide* treść wniosków o nadesłanie informacji o przyczynach wypowiedzenia umowy zawartej z Trakcją PRKiI S.A. w Warszawie z 15.10.2020 r.) i uzyskała stanowisko każdego z inwestorów. Izba stwierdziła, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo, z właściwym wykorzystaniem instrumentów, w które wyposażył zamawiającego ustawodawca. Omawiany zarzut jako nieznajdujący potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, został zatem przez skład orzekający oddalony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 12 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Polimex, pomimo że partner konsorcjum Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 p.z.p., Izba wskazuje co następuje.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący w sposób niejasny opisał przebieg realizacji kontraktów, nie mówiąc o rzeczywistych powodach ich niewykonania, a do wyjaśnień załączono głównie pisma, których autorem jest wykonawca, bez oświadczeń zamawiającego o odstąpieniu od umowy i dokumentów źródłowych. Według odwołującego nie sposób więc uznać, że procedura samooczyszczenia była wyczerpująca, rzetelna, skoro pozbawiono zamawiającego choćby punktu odniesienia – stanowiska danego zamawiającego, a wyjaśnienia i dowody to dokumenty autorstwa przystępującego.

Izba wskazuje, że nie można oceniać zawartości wyjaśnień wykonawcy, w tym dokonać analizy czy są one wystarczające i w sposób pełny oddają stan faktyczny, opierając zarzut jedynie na autorstwie dokumentu. Odwołujący pominął treść wyjaśnień, poprzestając na podniesieniu, że jego zdaniem nie są one wyczerpujące, gdyż ich autorem jest przystępujący Polimex. Pominięto całkowicie, że w ich treści wykonawca wskazał stanowisko poszczególnych inwestorów i stanowisko własne, znacznie rozwijając je w złożonych z wyjaśnieniami dowodach, a przy tym odpowiadając w sposób pełny i prawidłowy na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. (które nie stanowi wezwania w ramach *self-cleaningu*, więc nie może być oceniane przez pryzmat art. 24 ust. 8 p.z.p.).

Argumentacja odwołującego opierająca się na założeniu, że należy uznać, że wyjaśnienia i dowody są wadliwe (bez odniesienia się odwołującego do ich zawartości) jest co najmniej wątpliwa i nie zasługuje na aprobatę. Odwołujący podważał bowiem ocenę dokumentów postępowania dokonaną przez zamawiającego opierając się na tym, kto jest autorem dowodów. Jednak trudno uznać, że prawidłowym działaniem zamawiającego miałoby być zanegowanie omawianych dokumentów, bez przeczytania ich zawartości, ponieważ są głównie autorstwa wykonawcy. Sprzeczne z logiką i doświadczeniem życiowym byłoby ocenienie treści, wiarygodności i mocy dowodowej dokumentu, bez szczegółowego odniesienia się do jego merytorycznej zawartości, w szczególności, że odwołujący zarzuca brak wyczerpującego przedstawienia stanu faktycznego przez przystępującego Polimex, bez odniesienia się do zawartości wyjaśnień, które uważa za niepełne. Warto bowiem zauważyć, że w polskim systemie prawa nie obowiązuje formalna teoria dowodów, która ich wartość uzależniałaby od przyjętej *a priori* wiarygodności źródła dowodu – obowiązujące obecnie regulacje zmierzają natomiast do ustalenia w oparciu o dowody rzeczywistego stanu rzeczy.

Ponadto, dokonując oceny i badania oferty przystępującego Polimex zamawiający nie został pozbawiony wiedzy o stanowisku inwestorów co do rozwiązania umów, ponieważ z materiału procesowego wynika, że zawarto je w wyjaśnieniach przystępującego i otrzymano od poszczególnych podmiotów, w ramach odpowiedzi na wnioski z dnia 15 października 2020 r. o nadesłanie informacji o przyczynach wypowiedzenia umowy zawartej z Trakcją PRKiI S.A. w Warszawie.

W zakresie umowy nr 170/2016/ZDW z 15 września 2016 r. na „Obwodnicę Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781

– zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych" Izba ustaliła, że wyjaśnienia przystępującego Polimex, w przedmiocie okoliczności rozwiązania umowy, zawarto na str. 7 – 11 pisma z dnia 19 października 2020 r., i co istotne okoliczności wskazane przez ZDW Kraków w oświadczeniu od odstąpieniu od umowy z dnia 11 marca 2020 r. przytoczono na str. 9 i 10 omawianych wyjaśnień, a także obszernie przywołano w ramach załączników do wyjaśnień (załączniki nr 11, 12 i 13). Natomiast co do umowy nr 234/2016/ZDW z dnia 5 grudnia 2016 r. w przedmiocie rozbudowy DW 957 Krowiarki-Nowy Targ, zadnie 1 opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót, stanowisko inwestora, także ZDW Kraków, przywołano na str. 13 wyjaśnień przystępującego Polimex, odnosząc się do oświadczenia inwestora o odstąpieniu od umowy wraz z wezwaniem do zapłaty kary umownej z dnia 19 czerwca 2020 r., rozszerzając przywołanie twierdzeń zamawiającego w załączonych do wyjaśnień dowodach (załączniki nr 15 – 19, gdzie na szczególną uwagę zasługują załączniki nr: 17, 18 i 19).

Dalej ustalono, że okoliczności rozwiązania umowy z dnia 23 października 2017 r. nr 186/I-4/2017 w przedmiocie rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin-Knybawa, z GDDKiA Gdańsk dotyczące odstąpienia od umowy przez inwestora z dnia 14 sierpnia 2020 r. przystępujący przywołał na str. 16 i 17 wyjaśnień, zaś rozbudowane stanowisko inwestora dodatkowo wynika z załączników nr 23 i 24.

W zakresie dwóch umów z ZDW Poznań, które przystępujący Polimex wskazał dodatkowo, niezależnie od treści wezwania zamawiającego (umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 – etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj" i umowa nr 745/136.WZP/18 z dnia 17.10.2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj"), również wskazano stanowisko inwestora, które szeroko wynika z załącznika nr 25 i 26, gdzie opisano okoliczności odstąpienia od umów wraz ze stanowiskiem wykonawcy.

Zatem tezy odwołującego, jakoby przystępujący przedstawił argumenty tylko jednej ze stron sporu, czy że przedstawiono je w sposób nierzetelny lub niepełny, nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym. Odwołujący stwierdził, że jego konkurencja nie opisała wszystkich istotnych okoliczności, czy je zataiła, ale w odwołaniu nie zdecydowano się na wskazanie jakie okoliczności nie przedostały się do świadomości zamawiającego z uwagi na działanie wykonawcy. We wniesionym środku zaskarżenia szeroko przywołano poglądy orzecznictwa i doktryny oraz podniesiono, że informacje przekazywane zamawiającemu przez przystępującego były szczątkowe i jednostronne. W ocenie odwołującego przystępujący zatajał pełny i prawdziwy stan faktyczny, więc powinien zostać dodatkowo wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Umknęło tylko uwadze strony, że aby móc przejść do weryfikacji, czy dana okoliczność faktyczna poddaje się kwalifikacji przez podnoszone przez odwołującego normy prawne, wpierw należy jednoznacznie wskazać jakie konkretnie okoliczności Izba miałaby ocenić, czyli precyzyjnie wskazać, w zakresie których okoliczności miałoby nastąpić wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Postawienie zarzutu, że wyjaśnienia i dowody złożone przez przystępującego Polimex w przetargu są niekompletne i nie wyjaśniają w sposób wszechstronny stanu faktycznego, musiałoby rozpocząć się od wskazania czego rzekomo w nich nie wyjaśniano (pominięto, czy jak podnosiła strona co zatajono). Następnie odwołujący musiałby wykazać, że dana okoliczność jest istotna i co relewantne, że jest faktycznie związana z oceną oferty dokonaną przez zamawiającego, a kolejno – jeżeli by do tego etapu doszło – że zamawiający dokonując oceny wyjaśnień był w tym zakresie w stanie błędu, w szczególności mając na uwadze treść wyjaśnień od poszczególnych inwestorów, które uzyskano na wniosek z dnia 15 października 2020 r., czy że okoliczności te mogłyby wprowadzać zamawiającego w błąd. Okoliczności te nie mogą być luźno zakreśloną spekulacją, a muszą posiadać ustalony charakter i muszą/mogą mieć wpływ na czynności zamawiającego. I dopiero wtedy Izba mogłaby zweryfikować, czy doszło do naruszenia prawa w postępowaniu, a także, czy naruszenie posiada charakter, o którym mowa w normach, których naruszenie zarzucono jednostce zamawiającej. Takie blankietowe i merytorycznie puste postawienie zarzutu nie mogło odnieść zamierzonego skutku.

Dalej skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., w granicach podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że działanie zamawiającego było wadliwe, a wykonawcę należy wykluczyć. Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający zebrał wyczerpujący materiał dowodowy, który w sposób spójny, wiarygodny i przekonujący potwierdził, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z przetargu. Prawidłowo oceniono też złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne, i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego umowy wraz z aneksami, które potwierdzają okoliczność zawarcia umów, ich warunków, a także ich zmian, co nie było sporne. Dalej przedłożono pismo ZDW Kraków z dnia 27 listopada 2020 r. oraz odstąpienia od umów łączących ZDW Kraków i członka konsorcjum przystępującego Polimex Trakcję PRKiI S.A. w Warszawie (umowy nr 170/2016/ZDW i nr 234/2016/ZDW) wskazujące na treść oświadczeń, które złożył inwestor. Natomiast przedłożone protokoły i notatki wskazują na oświadczenia stron w przedmiocie okoliczności wykonania umów. Na rozprawie złożono korespondencję elektroniczną wraz z oświadczeniami inwestora i Trakcji PRKiI S.A. w Warszawie, które już się w aktach znajdowały. Przedłożono także noty księgowe, które wskazują, że ZDW Kraków wystawił noty na kwoty w nich wskazane. Pisma ZDW Kraków (z 2 i 4 kwietnia 2020 r. i 10 sierpnia 2020 r.) stanowią o treści oświadczeń inwestora złożonych w przedmiocie oświadczeń o odstąpieniu od umów przez wykonawcę, zaś pismo ZDW Kraków z 18 stycznia 2021 r. wskazuje na treść oświadczeń inwestora w zakresie kar umownych oraz toku postępowań sądowych w tym przedmiocie. Pismo GDDKiA Gdańsk z 22 grudnia 2020 r. obrazuje stanowisko inwestora w zakresie okoliczności podanych we wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 11 grudnia 2020 r., są w nim zawarte oświadczenia zamawiającego w przedmiocie okoliczności wykonywania i rozwiązania łączącej strony umowy (nr 186/I-4/2017). Nie są to natomiast dokumenty przydatne dla potwierdzenia tezy dowodowej wskazanej przez odwołującego, tj. na okoliczność wykazania, że przystępujący Polimex podlega wykluczeniu na wskazanych wyżej (w zarzutach odwołania – przyp. Izba) podstawach prawnych. Pomijając już sposób sformułowania tezy dowodowej, należy zauważyć, że dokument prywatny – a taki charakter mają złożone dowody – potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie w nim zawarte. Izba uznała dokumenty za wiarygodne, zamawiający i przystępujący także ich nie podważali, w szczególności, że są one spójne z dokumentacją z przetargu, co nie zmienia faktu, że dowody te są nieprzydatne dla udowodnienia tezy, na którą zostały powołane, o czym także szerzej w dalszej części uzasadnienia. Zaznaczyć także wypada, że precyzyjne określenie okoliczności, na które ma zostać przeprowadzony dany dowód, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego, jest obowiązkiem strony zgłaszającej dany wniosek dowodowy.

Skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego także złożone przez przystępującego: dowód wysłania pozwu o zapłatę i ustalenie z dnia 8 grudnia 2020 r. potwierdzający wystąpienie przez wykonawcę o zapłatę roszczeń finansowych związanych z umową nr 170/2016/ZDW wraz z wystąpieniem o ustalenie, że umowa uległa rozwiązaniu na skutek jego oświadczenia o odstąpieniu, dowód wysłania sprzeciwu od nakazu zapłaty z 24 listopada 2020 r. potwierdzający zaskarżenie nakazu zapłaty z 23 października 2020 r. i zakwestionowanie stanowiska zamawiającego o przysługujących mu karach umownych. Do materiału procesowego włączono także wezwanie na arbitraż z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia z dnia 23 grudnia 2020 r. potwierdzające, że wezwanie o tej treści zostało doręczone sądowi arbitrażowemu. Natomiast w zakresie umów z ZDW Poznań (umowy nr 745/136 WPZ/18 i nr 576/106 WZP/18) przedłożono dwa oświadczenia przystępującego o odstąpieniu z dnia 26 października 2020 r., które pokrywają się z wyjaśnieniami przystępującego z dokumentacji przetargu.

W odwołaniu opisano wycinki historii realizacji inwestycji, skupiając się na powtórzeniu stanowiska inwestorów, najszerzej w zakresie umów z ZDW Kraków. Odwołujący przyjął za własne subiektywne oceny sytuacji dokonane przez zamawiających, uznając, że ich oświadczenia stanowią dowód świadczący o zawinionym niewykonaniu umowy przez przystępującego. Jednakże udowodnienie, że strony były związane umowami, i że umowy te nie doprowadziły do założonego rezultatu, a także, iż powstał w związku z tym spór, jest zdecydowanie niewystarczające do wykazania, ze zaistniały przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., nakazujące wykluczyć z przetargu wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego – co stanowi szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawcy, objęty sankcją wykluczenia. Udowodniono powstanie sporu i jego podstaw faktycznych, natomiast zebrany materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie faktów, które mogłyby stanowić postawę do rozstrzygnięcia jak ten spor się zakończy. Innymi słowy, zgromadzone dowody dają podstawy do przyjęcia istnienia sporu, ale nie pozwalają na ustalenie, która ze stron ma w tym sporze rację, co jest konieczne do wykazania zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p.

Zamawiający zweryfikował stanowiska poszczególnych zamawiających oraz przystępującego Polimex i trafnie nie wykluczył wykonawcy z przetargu. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności informacjom od poszczególnych inwestorów, za wiarygodne uznano także oświadczenia przystępującego Polimex. Natomiast postawienie zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania nie może opierać się wyłącznie na ponownym przekazaniu oceny sytuacji dokonanej przez inne podmioty zamawiające. Interes zamawiającego nie zawsze jest tożsamy z interesami wykonawców realizujących zamówienia, chociaż co do zasady dążą oni do realizacji jednego celu, tj. wykonania zamówienia publicznego. Jednakże, jak w każdym zobowiązaniu kontraktowym, pojawić się mogą spory w zakresie interpretacji treści umowy, czy rozumienia dokumentacji przetargowej. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych lub prawnych, co może skutkować sporami w trakcie realizacji umowy. Odwołujący przyjął strategię dowodową polegającą na wykazaniu, że istniał kontrakt, który został rozwiązany przez strony. Zaś błędem odwołującego było oparcie się na przekonaniu, że wystarczające do postawienia skutecznego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy będzie wykazanie, że w ocenie inwestora przyczyna rozwiązania tego kontraktu była zawiniona i podnoszenie, żeby Izba ocenę tą przyjęła i uznała za własną bez żadnego materiału dowodowego, który pozwalałby na ocenę, czy ocena ta jest faktycznie uzasadniona, czy stanowi jedynie narrację formułowaną przez daną stronę stosunku prawnego na potrzeby sporu sądowego.

Niestety wykazanie oceny podmiotu, to jest jego subiektywnego stanu świadomości co do faktów, nie jest równoznaczne z wykazaniem faktów, a tym bardziej nie jest równoznaczne z wykazaniem obiektywnego stanu świadomości obydwu stron w dacie wystąpienia problemów z realizacją umowy, a w konsekwencji zawinienia stron w zakresie okoliczności, iż umowa ta nie doprowadziła w całości lub części do zamierzonego celu. W związku z tym złożony materiał dowodowy, jakkolwiek obszernie dokumentuje spór pomiędzy przystępującym a inwestorami, nie pozwala na poczynienie żadnych stanowczych ustaleń co do faktów, które skutkowały zaistnieniem tego sporu, ani też faktów, które mogłyby doprowadzić do jego jednoznacznego rozstrzygnięcia. Innymi słowy, w sprawie wykazano dowodami z dokumentów, że istnieje spor oraz na czym on polega, a także jakie są stanowiska poszczególnych jego uczestników, natomiast postępowanie dowodowe nie daje podstaw do jednoznacznego przyjęcia zaistnienia przesłanki rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co jest niezbędne do jego wykluczenia na kanwie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji wykluczenia przystępującego Polimex z przetargu, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

W odwołaniu strona stwierdziła, że na chwilę jego wniesienia dysponuje wiedzą odnośnie kolejnych trzech umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem: umowa z dnia 23 października 2017 r. z GDDKiA Oddział w Gdańsku (odstąpienie sierpień 2020 r.), umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 - etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj i umowa nr 745/136.WZP/18 z dnia 17 października 2018 r. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj. Oprócz przywołania nazw inwestycji odwołujący nie zdecydował się na wskazanie okoliczności, które mogą być oceniane jako przyczyny leżące po stronie przystępującego Polimex i nie odniesiono się do przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu, co z kolej musiałoby doprowadzić do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zaniechano także jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w tym zakresie. Puste stanowisko odwołującego uniemożliwia także ocenę jego tezy przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 1 *z petitum* odwołania.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. – poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Polimex, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika robót drogowych w zakresie torowisk, ponieważ doświadczenie pana K.K. nie polega na budowie/przebudowie torowiska tramwajowego, co dla odwołującego wynika z nazwy inwestycji (zadanie nr 48 i 52 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu w ul. Bytomskiej na odcinku od ul. Bolesława Chrobrego do ul. Młyńskiej" oraz „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu wzdłuż ulic: Marcina Lutra, Plac Krakowski, Wiktora Brysza i Wolności") i wykonawca nie usunął tych wątpliwości w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego – skład rozpoznający spór wskazuje jak niżej.

Izba ustaliła, że w ramach warunku udziału w przetargu, dysponowania odpowiednią kadrą, zamawiający wymagał osoby, która będzie pełnić odrębną funkcję kierownika robót drogowych w zakresie torowisk posiadającą „doświadczenie zawodowe przy realizacji trzech zakończonych zadań, zdobyte nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, obejmujących budowę lub przebudowę torowiska tramwajowego o długości co

najmniej 500 m pojedynczego toru, każde zadanie, na stanowisku/ stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót" (tak lit. d ppkt 2 pkt 2 rozdziału V SIWZ). Dalej ustalono, że w ramach wykazu osób, który przystępujący Polimex złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. (lit. c pkt 1 wezwania), na kierownika robót drogowych w zakresie torowisk wskazano pana K.K. (pkt 4 str. 1 wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego), którego doświadczenie dla spełnienia wymaganej zdolności zawodowej to w spornym zakresie: – zadanie nr 48 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu w ul. Bytomskiej na odcinku od ul. Bolesława Chrobrego do ul. Młyńskiej", zakres prac: przebudowa torowiska tramwajowego (długość pojedynczego toru 1,912 kmpt) (poz. 4 ze str. 5 wykazu osób), – zadanie nr 52 „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu wzdłuż ulic: Marcina Lutra, Plac Krakowski Wiktora Brysza i Wolności", zakres prac: przebudowa torowiska tramwajowego (długość pojedynczego toru 1,595 kmpt) (poz. 5 ze str. 5 wykazu osób).

Następnie ustalono, że wezwaniem z dnia 2 listopada 2020 r., na podstawie art. 25 ust. 1 p.z.p., zamawiający zapytał przystępującego Polimex, co do zadania nr 48 i zadania nr 52, czy na te zadania zostały wydane odrębne pozwolenia na budowę (lit. a pkt 2 wezwania z 02.11.2020 r.). Wezwanie to, zgodnie z jego treścią, nie miało wyjaśniać wątpliwości zamawiającego w przedmiocie zakresu robót na wskazanych inwestycjach, a dotyczyło pozwolenia na budowę. Zatem zarzut opierający się na założeniu, że wykonawca rzekomo nie wyjaśnił wątpliwości zamawiającego dotyczących charakteru robót został oddalony, ponieważ rzeczonych wątpliwości zamawiający nie posiadał i nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania, że takowe istniały, a w konsekwencji, że wzywano wykonawcę do ich wyjaśnienia.

Nie potwierdziło się również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Po pierwsze, umknęło uwadze strony, że przed eliminacją wykonawcy z postępowania na zamawiającym ciążą ustawowe obowiązki polegające na konieczności wezwania do uzupełnienia wadliwego potencjału podmiotowego (art. 26 ust. 3 p.z.p.), kiedy w zakresie zarzucanego braku przystępujący Polimex nie był wzywany do uzupełnienia, więc nie doszłoby do jego wykluczenia.

Po drugie, w ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił środek dowodowy w postaci wykazu osób w korelacji z brzmieniem omawianego warunku udziału w przetargu. Wątpliwości odwołującego wywołała nazwa zadania, odwołujący uważa bowiem, że modernizacja torowiska nie jest budową, ani przebudową torowiska. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska strony. W wykazie osób wskazano, że zakres prac dla obu spornych zadań modernizacji stanowiła przebudowa torowiska tramwajowego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zarzut postawiono również z pominięciem tej treści wykazu osób. Zamawiający bezpośrednio ze złożonego dowodu na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności zawodowej powziął wiedzę o zakresie prac wykonanych w ramach dwóch zadań, który to zakres (przebudowa torowiska tramwajowego) wprost wpisuje się w wymagania warunku udziału w przetargu z lit. c ppkt 2 pkt 2 rozdziału V SIWZ. Ponadto, odwołujący nie kwestionował zakresu robót wykonanych w ramach rzeczonych inwestycji.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zatem zarzut nr 3 z *petitum* odwołania jako zarzut bezzasadny. I jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, że zamawiający i przystępujący Polimex złożonymi dowodami w postaci dokumentów (informacja Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie z 12.01.2021 r. ze skanami dzienników budowy oraz informacja Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie z 07.01.2021 r. z odpisem poświadczenia wykonania robót budowlanych) jednoznacznie udowodnili, że w ramach zadania „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu w ul. Bytomskiej na odcinku od ul. Bolesława Chrobrego do ul. Młyńskiej" (zadania nr 48) i zadania „Modernizacja torowiska tramwajowego w Zabrzu wzdłuż ulic: Marcina Lutra, Plac Krakowski Wiktora Brysza i Wolności" (zadania nr 52) wykonano przebudowę torowiska tramwajowego.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p., który odwołujący powiązał z pozostałymi, oddalonymi przez Izbę zarzutami. Zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie sprawy, ponieważ nie wykazano, że wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy żeby doszło do naruszenia naczelnych zasad p.z.p. Nie udowodniono również, aby w ustalonym stanie rzeczy zaniechano wykluczenia przystępującego Polimex z przetargu.

Skład orzekający wskazuje również, że odwołujący przedłożył pismo z dnia 3 grudnia 202 r. Burmistrza Łomianek, pismo z dnia 7 października 2020 r. Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, pismo z dnia 9 października 2020 r. Urzędu Miasta w Piotrkowie Trybunalskim, pismo z dnia 16 października 2020 r. Prezydenta Miasta Świętochłowice, wraz z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej oraz trzy wydruki ze strony internetowej Przetargi eGospodarka. Powyższe dowody dotyczą zarzutów wniesionych z uchybieniem terminu i zostały przez Izbę pominięte.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków, tj. zarządu Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie, na okoliczność wskazania wszystkich umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem z Trakcja PRKiI S.A. lub przez Trakcja PRKiI S.A. oraz powodów takiego stanu rzeczy. Skład orzekający pominął wniosek dowodowy, ponieważ w ocenie Izby został on powołany jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 p.z.p.). Na marginesie należy dodać, że dowód z przesłuchania strony, pomijając już jego charakter, byłby w zakresie powodów rozwiązania umów dowodem pochodnym, kiedy członkowie zarządu mieliby przekazać informacje, które powzięli od osób realizujących inwestycje. Jak również dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony, zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Dowody przeprowadza się celem wykazywania faktów, a nie celem poszukiwania ewentualnych innych dowodów. Powoływanie tych dowodów należało zatem rozpatrywać nie w kategoriach zabiegów strony o dotarcie do prawdy co do faktów, a raczej jako wyraz przyjętej taktyki procesowej w zakresie konwalidacji braków w twierdzeniach co do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odwołania.

Skład orzekający pominął także wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań dyrektor ZDW Kraków, na okoliczność przyczyn odstąpienia od umów zawartych z przystępującym, ponieważ został on powołany dla zwłoki, a okoliczności, które miałyby nim zostać wykazane zostały już wykazane innymi dowodami – tyle, że nie doprowadziły do korzystnych dla odwołującego wniosków. Nie można również tracić ze wzroku, że osoby reprezentujące ZDW Kraków kilkukrotnie wypowiadały się na okoliczność rozwiązania tych umów, także składając obszerne wyjaśniania i przekazując materiał źródłowy w przetargu (odpowiedź na wniosek zamawiającego z dnia 15 października 2020 r. o wskazanie informacji o przyczynach wypowiedzenia umowy zawartej z Trakcją PRKiI S.A. w Warszawie). Informacji tych udzieliła właśnie pani dyrektor K. W.-M., czyli osoba składająca oświadczenie o odstąpieniu od umów w imieniu ZDW Kraków. Odwołujący nie zdecydował także na wskazanie w zakresie jakich okoliczności rozwiązania umów ZDW Kraków jeszcze się nie wypowiedziało. Określenie okoliczności, na które ma zostać przeprowadzony dany dowód, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego, jest obowiązkiem strony zgłaszającej dany wniosek dowodowy, zaś przeprowadzenie dowodu ma służyć udowodnieniu okoliczności, o istnieniu której dana strona twierdzi, a nie poszukiwaniu kolejnych, które mogłyby się okazać dla tej strony korzystne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Ponadto, w dniu 21 stycznia 2021 r. odwołujący złożył wniosek o ponowne otwarcie rozprawy na podstawie art. 191 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, Izba oddaliła wiosek strony.

Jak trafnie wskazano w wyroku z dnia 23 października 2019 r. sygn. akt: KIO 2007/19, którego stanowisko podziela skład orzekający, Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże *ratio legis* cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: I ACa 1081/15 (por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt: I ACa 898/17), zamknięcie rozprawy jako akt procesowy jest doniosłe prawnie, a jej otwarcie musi być uznane za sytuację wyjątkową. (…) Strona wnioskująca o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (czy też zarzucająca w apelacji Sądowi I instancji zaniechanie uwzględnienia wniosku w tym zakresie) musi wykazać więc, że dopiero po zamknięciu rozprawy ujawniły się (stały się jej wiadome) okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia. W nauce wskazuje się, że w przepisie tym chodzi o fakty nowe - jakościowo różne od wcześniej istniejących lub o okoliczności już wcześniej zaistniałe, ale które uległy zmianie po zamknięciu rozprawy (por. np. M. Sawczuk, Ponowne orzekanie w sprawie cywilnej prawomocnie osądzonej, s. 141-142; wyrok SN z 15 kwietnia 1972 r., II PR 48/72, OSNC 1972, Nr 9, poz. 171). Tak więc zmiana może polegać na powstaniu całkiem nowych okoliczności obok już istniejących lub na modyfikacji wcześniej istniejących. Nie uzasadnia żądania otwarcia rozprawy na nowo jedynie stwierdzenie potrzeby dodatkowego odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez stronę przeciwną na rozprawie, jeśli potrzeba ta nie opiera się o okoliczności mające cechę nowości w przedstawionym wyżej rozumieniu.

Izba wskazuje, że chociaż przywołany wyrok Sądu Apelacyjnego zapadał na gruncie przepisów procedury cywilnej, to jednak nie sposób nie zauważyć trafności i adekwatności podnoszonej tam argumentacji również w odniesieniu do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, ze względu na zbieżność art. 191 ust. 3 p.z.p. i art. 316 § 2 k.p.c. Zatem ponowne otwarcie rozprawy może nastąpić jedynie w wyjątkowych okolicznościach, kiedy strona wykaże ujawnienie się okoliczności nieznanych jej wcześniej (nowych faktów lub modyfikacji faktów wcześniej istniejących, przy tym zmiana powinna nastąpić po zamknięciu rozprawy), a także wpływ tych okoliczności na postępowanie, przejawiający się w tym, iż mogą one skutkować jego innym wynikiem, niż gdyby nie zostały rozpoznane.

W ocenie Izby przywołane we wniosku odwołującego okoliczności nie uzasadniają twierdzenia, iż odwołujący nie mógł ich powołać przed zamknięciem rozprawy, tym bardziej, że we wzmiankowanym piśmie nie uzasadnił przyczyn, dla których rzekomo nie mógł ich przedstawić wcześniej. Odwołujący wskazał, że ujawnione dokumenty (nakaz zapłaty z 23.10.2020 r. oraz pozwy z 13.08.2020 r. i z 29.12.2020 r.) nie były mu wcześniej znane, a jednocześnie odwołujący nie mógł uzyskać ich na wcześniejszym etapie postępowania.

Izba wskazuje, że dokumenty te są wtórne wobec wyjaśnień przystępującego Polimex z 6 października 2020 r. wraz z załącznikami, na których oparto zarzuty odwołania, a także są wtórne wobec informacji od ZDW Kraków z dnia 19 października 2020 r. Ponadto, na str. 15 i 16 odwołania wskazano „Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (…) w dniu 24.08.2020 r. wniósł do Sądu Okręgowego w Krakowie pozew o zapłatę kary umownej naliczonej w związku z odstąpieniem. Sąd Okręgowy w Krakowie dniu 23.10.2020 r. wydał nakaz zapłaty. Sprawa jest w toku." (zostało to powtórzone w załączniku nr 5 do odwołania – pismo ZDW Kraków z 27.11.2020 r. str. 5). Zatem w odwołaniu oraz dowodzie załączonym do odwołania wprost mowa o pozwie ZDW w Krakowie z 13 sierpnia 2020 r. i nakazie zapłaty z 23 października 2020 r., których strona nie pozyskała na rozprawę, pomimo posiadania wiedzy o nich i rozpoczęła starania o otrzymanie przedmiotowych dokumentów dopiero po jej zamknięciu. W piśmie ZDW Kraków z dnia 27 listopada 2020 r. na str. 9 zamawiający wskazuje na okoliczność nieuiszczenia przez wykonawcę Trakcja PRKil S.A. w Warszawie kar umownych, o co wystąpi na drogę sądową, dotyczy to pozwu ZDW w Krakowie z 29 grudnia 2020 r. Zaś zgodnie z pismem ZDW Kraków z 21 stycznia 2021 r., złożonym wraz z wnioskiem o ponowne otwarcie rozprawy, odwołujący zwrócił się o ww. dokumenty 20 stycznia 2021 r., rzekomo z powodu dowodów złożonych przez przystępującego Polimex na rozprawie, co nie jest prawdą, skoro już o zaistniałych sporach odwołujący wiedział w momencie składania odwołania i nie dołożył staranności, aby spóźnione obecnie dokumenty pozyskać na rozprawę.

Konkludując, odwołujący nie wykazał ujawnienia się po zamknięciu rozprawy okoliczności nowych lub modyfikacji okoliczności wcześniej istniejących, które nastąpiło po zamknięciu rozprawy. Jak również nie uzasadnia ponownego otwarcia rozprawy stwierdzenie przez stronę konieczności odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego na rozprawie, skoro potrzeba ta nie została oparta na okolicznościach mających cechy nowości w wyżej wskazanym rozumieniu. Pozytywne rozpoznanie wniosku nie jest możliwe także z powodu braku potwierdzanie się stanowiska odwołującego, że dochował należytej staranności w zakresie zebrania dodatkowego materiału dowodowego, który przedłożył wraz z wnioskiem.

I jedynie dodatkowo należy zauważyć, że znacząca część omawianego wniosku to próba transponowania przez odwołującego swojej dodatkowej argumentacji dotyczącej stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie i podnoszonego na rozprawie. Odwołujący chce uzupełnić nie tylko wniesione odwołanie, ale i dodatkowo odnieść się do argumentacji, co do której zabierał głos na rozprawie. Korzystanie z uprawnień procesowych, wprawdzie wyglądające jak mieszczące się w granicach wyznaczonych treścią przepisów proceduralnych, ale podejmowanie niezgodnie z celem dla których je ustanowiono nie zasługuje na ochronę prawną. Procedura postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą nie zna co prawda pojęcia „nadużycia prawa procesowego", które jest nowością nawet na gruncie postępowania cywilnego, ale nie zmienia to oceny, iż uprawnienie procesowe (tu: wniosek o ponowne otwarcie zamkniętej rozprawy) należy wykorzystywać, z samej natury, w celu, w jakim zostało przewidziane. Tymczasem w niniejszym sporze uprawnienie to zostało wykorzystane nie w tym celu, a aby wprowadzić do materiału procesowego dodatkowe twierdzenia i dowody, które co prawda mogły być powołane wcześniej – o ile strona działałaby z należytą starannością, ale wprowadzone nie zostały.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis i koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zgodnie z kwotą wynikająca z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……