Sygn. akt: KIO 3467/21

WYROK
z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ewa Sikorska

Członkowie:

Małgorzata Rakowska

Robert Skrzeszewski

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę POLAQUA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie, w postępowaniu

prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach

przy udziale wykonawcy Budimex Spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLAQUA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę POLAQUA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3467/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie drogi SI Kosztowy — Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) — węzeł „Bieruń" (bez węzła).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 listopada 2021 roku wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. w Piasecznie (dalej:

odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

a) odrzuceniu oferty odwołującego;

b) wyborze oferty wykonawcy Budimex S.A. jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu rzekomego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, tj. zaznaczenia odpowiedzi „NIE" na pytanie dotyczące realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia składanego na formularzu w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ"), podczas gdy odwołujący wypełnił JEDZ prawidłowo i zgodnie z wytycznymi wskazanymi w instrukcji wypełniania JEDZ opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych, a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę rzekomo podlegającego wykluczeniu;

2) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten również udzielił w swoim oświadczeniu JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytanie odnośnie realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w przestrzeni publicznej dostępne są informacje o rozwiązaniu z Budimex S.A. i nałożeniu na Budimex S.A. kar umownych z tytułu realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co powoduje, iż dokonując wyboru oferty Budimex S.A. - w ramach postępowania - zamawiający w sposób nieuzasadniony odmiennie potraktował ofertę znajdującego się w analogicznej, w stosunku do odwołującego, sytuacji wykonawcy Budimex S.A., czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

ewentualnie, na wypadek uznania, że odwołujący jednak nieprawidłowo wypełnił JEDZ zaznaczając odpowiedź „NIE" w pytaniu dotyczącym realizacji wcześniejszych umów:

3) art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia JEDZ z zaznaczeniem odpowiedzi „TAK" w pytaniu dotyczącym realizacji wcześniejszych umów lub art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie umożliwienia odwołującemu zastosowania procedury tzw. „samooczyszczenia", a w konsekwencji, naruszenie art. 16 pkt. 3 ustawy P.z.p., tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, kwalifikacji podmiotowej odwołującego oraz wyboru oferty jako najkorzystniejszej;

ewentualnie:

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wezwania odwołującego do uzupełnienia JEDZ w zakresie pytania dotyczącego realizacji wcześniejszych umów lub umożliwienia mu zastosowania tzw. procedury samooczyszczenia, a następnie kwalifikacji podmiotowej odwołującego i wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego stosownie do przepisów prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia rozumieniu art. 505 ustawy P.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby zamawiający nie dokonał jej odrzucenia, jako złożonej przez wykonawcę rzekomo podlegającego wykluczeniu z postępowania. Utrzymanie w mocy zaskarżonych czynności dokonanych przez zamawiającego z naruszeniem prawa uniemożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia w postępowaniu, co skutkować będzie poniesieniem szkody finansowej przez odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex SA w Warszawie (dalej: także: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający przewidział zastosowanie procedury, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy

P.z.p., tj. procedury odwróconej (pkt. 4.2 TOM I specyfikacji warunków zamówienia - s.w.z.).

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą oświadczenia, o którym mowa w pkt. 10.2. Instrukcji dla Wykonawców (IDW), tj. oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p. w formie jednolitego europejskiego dokumentu

zamówienia sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem" lub „JEDZ" (pkt. 4.2.2 oraz 16.6 ppkt 7) SWZ TOM 1).

W pkt. 9 s.w.z. tom I (IDW) zamawiający, poza przesłankami wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p., przewidział również przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ppkt a, pkt 3 (w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), pkt 4 - 10 ustawy P.z.p. Każda z tych przesłanek wskazanych odpowiednio w art. 109 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi samodzielną podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy.

W postępowaniu odwołujący wraz z ofertą złożył dokument JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie znajdujące się w część III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" udzielił odpowiedzi „NIE".

Zgodnie z klasyfikacją ofert według stanu na dzień 09.09.2021 r. oferta złożona przez POLAQUA Sp. z o.o., została najwyżej oceniona. Wobec powyższego pismem z dnia 10 września 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p., do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 7 października 2021 roku wykonawca Budimex poinformował zamawiającego o okolicznościach związanych z odstąpieniem od umowy nr CRU/17/0003358 na realizację inwestycji pn.: „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie"

zawartej w dniu 28.09.2017 r. pomiędzy Gminą Miasto Szczecin a POLAQUA Sp. z o.o. Z uzyskanych informacji wynikało, że w dniu 7 sierpnia 2020 r. Gmina Miasto Szczecin złożyła oświadczenie o odstąpieniu od ww. umowy, powołując się na zawiniony przez odwołującego brak możliwości wykonania przedmiotu umowy w terminie oraz nieprawidłową jej realizację, wskazując między innymi na następujące okoliczności:

- wykonawca znajduje się w opóźnieniu względem sporządzonego i przygotowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF),

- wykonawca nie osiągnie planowanej sprzedaży,

- ilość pracowników na budowie jest zdaniem Inżyniera Kontraktu niewystarczająca do realizacji robót zgodnie z założeniami HRF przedstawionymi przez wykonawcę, co wynika z faktu, że wykonawca nie posługiwał się siłami własnymi, ale wyłącznie podwykonawcami, przy czym wbrew postanowieniom umowy nie zgłaszał skutecznie umów o podwykonawstwo robót budowlanych, naruszając w ten sposób rażąco umowę,

- spośród złożonych umów podwykonawczych, wykonawca uzyskał akceptację jedynie co do dwóch umów, tj. na wykonanie dokumentacji projektowej,

- zaawansowanie rzeczowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. wynosiło jedynie 43% przedmiotu umowy - chociaż z umowy wynika, że termin wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły na 28 września 2020 r.,

- zaawansowanie finansowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu wynosiło 37% przedmiotu umowy - przez 2 lata, 2 miesiące i 20 dni wykonawca wykonał roboty o

wartości 21 mln zł brutto, więc nie sposób zdaniem inwestora obiektywnie przyjąć, że do upływu terminu wykonania przedmiotu umowy wykona roboty o brakującej wartości ponad 37 min zł,

- wykonawca wprost oświadczył, że nie wykona wentylacji w pomieszczeniach korytarzy szkolnych zgodnie z wymogami PFU,

- wykonawca na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie przedłożył prawidłowo wykonanego Projektu Budowlanego oraz Projektu Wykonawczego, które byłyby zgodne z umową, a w szczególności z PFU,

- wykonawca realizuje roboty w oparciu o dokumenty budowy, które są ze sobą wewnętrznie sprzeczne i niezgodne,

- na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. prowadzone było przez organ budowlany postępowanie w przedmiocie unieważnienia pozwolenia na budowę z uwagi na ujawnione wady projektu budowlanego, wykonawca wykonał dotychczasowe roboty zdaniem inwestora w sposób zagrażający przyszłej eksploatacji,

- wykonawca do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie wskazał obiektywnych przyczyn, dla których byłby uprawniony do wydłużenia czasu realizacji przedmiotu umowy,

- inwestor wskazał również na szereg rażących zaniechać obowiązków umownych przez wykonawcę, w tym m.in. w zakresie dokumentacji projektowej, braku uzgodnienia materiałów oraz technologii, zaniechania obowiązków informacyjnych, TER i STWiORB, HRF, Podwykonawców, dźwigarów, wentylacji, ścianek działowych, rysów stropu i innych,

- wykonawcy zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 12.571.163,24 zł, z tytułu odstąpienia od umowy oraz nienależytego wykonania lub zaniechania wykonania obowiązków umownych.

Zamawiający pismem z dnia 08 października 2021 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i odniesienia się do przytoczonych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych, w tym wyjaśnienia, dlaczego w JEDZ część III, sekcja C w odpowiedzi na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji odwołujący zaznaczył odpowiedź

„NIE". Jednocześnie zamawiający przekazał odwołującemu całą korespondencję, w posiadanie której wszedł w związku z ww. okolicznościami, w tym złożone przez Gminą Miasto Szczecin oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący, pismem z dnia 14 października 2021 r. przedstawił okoliczności odstąpienia od umowy dla zadania pn.: Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" wraz jednoczesnym naliczeniem kar umownych. Odwołujący wyjaśnił, że nie miał obowiązku zaznaczyć odpowiedzi „TAK" na pytanie wskazane w formularzu JEDZ w część III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Pismem z dnia 19 listopada 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego Budimex, oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający uzasadnił czynność odrzucenia oferty w sposób następujący:

POLAQUA Sp. z o.o. ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska 05-500 Piaseczno - oferta ww. Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp.

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeśli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

POLAQUA Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp - Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W dokumentach zamówienia określono między innymi, że:

- Zamawiający będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp tj. tzw. procedurę odwróconą (pkt. 4.2 TOM I SWZ);

- w pierwszej kolejności Zamawiający dokonana badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt. 4.2.1 TOM 1 SWZ

- Zamawiający wymaga złożenia przez wykonawców wraz Ofertą oświadczenia, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW tj. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem" lub „JEDZ" (pkt. 4.2.2 oraz 16.6 ppkt 7) SWZ TOM 1).

W niniejszym postępowaniu, w dokumentach zamówienia Zamawiający poza przesłankami wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, przewidział również przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ppkt a, pkt 3 /w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit a/, pkt. 4 - 10 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt. 9.2 w SWZ TOM 1 (IDW):

„(...) Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, chyba że Wykonawca przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

2) który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

3) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa pkt. 2 lit. a);

4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa

jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

6) jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy;

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie

wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że niepodległa wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

9) który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności Zamawiającego

lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W pkt. 10.2 SWZ TOM I Zamawiający wskazał, że składane wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany był do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 10.6., 10.7., 10.8. TOM I swz.

Odnosząc się do art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, podkreślić należy, że dla wykluczenia wykonawcy z postępowania na ww. podstawie niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

1) przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd,

2) informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego,

3) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Ad. 1)

Przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzające w błąd.

W niniejszym postępowaniu POLAQUA Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył dokument JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie znajdujące się w część III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" udzielił odpowiedzi „NIE".

W niniejszym postępowaniu oferta złożona przez POLAQUA Sp. z o.o. ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno została najwyżej oceniona. Wobec powyższego pismem z dnia 10.09.2021 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp POLAQUA Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Złożone dokumenty i oświadczenia nie wskazywały, że w stosunku do ww. Wykonawcy zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ppkt a, pkt 3 w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit a , pkt. 4 - 10 ustawy Pzp.

Po złożeniu przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający powziął informację na temat okoliczności związanych z odstąpieniem przez niego od Umowy nr CRU/17/0003358 na realizację inwestycji pn.: „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" zawartej w dniu 28.09.2017 r. pomiędzy Gminą Miasto Szczecin a POLAQUA Sp. z o.o. W dniu 7 sierpnia 2020 r. Gmina Miasto Szczecin złożyła oświadczenie o odstąpieniu od ww. Umowy, powołując się na zawiniony przez ww. Wykonawcę brak możliwości wykonania przedmiotu Umowy w terminie oraz nieprawidłową jej realizację, wskazując jednocześnie na następujące okoliczności:

- Wykonawca znajduje się w opóźnieniu względem sporządzonego i przygotowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF),

- Wykonawca nie osiągnie planowanej sprzedaży,

- Ilość pracowników na budowie jest zdaniem Inżyniera Kontraktu niewystarczająca do realizacji robót zgodnie z założeniami HRF przedstawionymi przez Wykonawcę co wynika z faktu, że Wykonawca nie posługiwał się siłami własnymi, ale wyłącznie podwykonawcami, przy czym wbrew postanowieniom umowy nie zgłaszał skutecznie umów o podwykonawstwo robót budowlanych, naruszając w ten sposób rażąco umowę,

- Spośród złożonych umów podwykonawczych, Wykonawca uzyskał akceptację jedynie co do dwóch umów, tj. na wykonanie dokumentacji projektowej,

- Zaawansowanie rzeczowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. wynosiło jedynie 43% przedmiotu umowy - chociaż z umowy wynika, że termin wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły na 28 września 2020 r.,

- Zaawansowanie finansowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu wynosiło 37% przedmiotu umowy - przez 2 lata, 2 miesiące i 20 dni wykonawca wykonał roboty o wartości 21 min zł brutto, więc nie sposób zdaniem inwestora obiektywnie przyjąć, że do upływu terminu wykonania przedmiotu umowy wykona roboty o brakującej wartości ponad 37 min zł,

- Wykonawca wprost oświadczył, że nie wykona wentylacji w pomieszczeniach korytarzy szkolnych zgodnie z wymogami PFU,

- Wykonawca na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie przedłożył prawidłowo wykonanego Projektu Budowlanego oraz Projektu Wykonawczego,

które byłyby zgodne z umową, a w szczególności z PFU,

- Wykonawca realizuje roboty w oparciu o dokumenty budowy, które są ze sobą wewnętrznie sprzeczne i niezgodne,

- Na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. prowadzone było przez organ budowlany postępowanie w przedmiocie unieważnienia pozwolenia na budowę z uwagi na ujawnione wady projektu budowlanego,

- Wykonawca wykonał dotychczasowe roboty zdaniem inwestora w sposób zagrażający przyszłej eksploatacji,

- Wykonawca do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie wskazał obiektywnych przyczyn, dla których byłby uprawniony do wydłużenia czasu realizacji przedmiotu umowy,

- Inwestor wskazał również na szereg rażących zaniechać obowiązków umownych przez wykonawcę, w tym m.in. w zakresie dokumentacji projektowej, braku uzgodnienia materiałów oraz technologii, zaniechania obowiązków informacyjnych, TER i STWiORB, HRF, Podwykonawców, dźwigarów, wentylacji, ścianek działowych, rysów stropu i innych,

- Wykonawcy zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 12.571.163,24 zł, z tytułu odstąpienia od umowy oraz nienależytego wykonania lub zaniechania wykonania obowiązków umownych.

Wobec powyższego, Zamawiający pismem z dnia 08.10.2021 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i odniesienia się do przytoczonych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych w tym, wyjaśnienia dlaczego w JEDZ część III, sekcja C w odpowiedzi na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji Wykonawca zaznaczył odpowiedź „NIE". Jednocześnie Zamawiający przekazał POLAQIJA Sp. z o.o. całą korespondencję w posiadanie, której wszedł w związku z ww. okolicznościami, w tym złożone oświadczenie o odstąpieniu od Umowy.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 14.10.2021 r. Wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. odnosząc się do powyższych okoliczności wskazał m.in. że:

„Spółka i Zamawiający pozostają w sporze co do przebiegu realizacji i sposobu zakończenia przedmiotowej Umowy. Spór ten został wszczęty z powództwa Spółki i toczy się obecnie przed Sądem Okręgowym w Szczecinie (...)";

„Oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy było pozbawione podstaw i bezskuteczne, podobnie jak naliczenie kar umownych";

„Inwestycja nie mogła zostać zrealizowana w terminie z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego";

„Wobec braku możliwości dalszej realizacji prac oraz wobec rażącego, wielopłaszczyznowego naruszenia przez Zamawiającego jego obowiązków umownych Wykonawca złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy w dniu 22 września 2020 roku";

„Sposób, w, jaki Spółka wypełniła dokument JEDZ w niniejszym Postępowaniu jest prawidłowy i zgodny z przepisami prawa rządzącymi procesem udzielania zamówień publicznych (...) pytanie w JEDZ dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy rzeczywiście zachodzi ustawowa (tj. wskazana w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (ze zm.) Prawo zamówień publicznych („p.z.p. ") przesłanka wykluczenia w związku z odstąpieniem od wcześniejszej umowy. Wskazuje na to wiążąca dla wykonawców opracowana przez Urząd Zamówień Publicznych instrukcja wypełniania JEDZ".

Dodatkowo POLAQUA Sp. z o.o. pismem z dnia 05.11.2021 r. w nawiązaniu do pisma z dnia 14.10.2021 r. wskazał: „(...) Spółka jednoznacznie wykazała w materiale dowodowym dołączonym do pisma z 14 października 2021 roku (w szczególności pozwu), w przypadku umowy nr CRU/17/0003358 z dnia 28 września 2017 roku na realizację inwestycji pn. „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" z inwestorem - Gminą

Miasta Szczecin, nie doszło do powstania nieprawidłowości w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p; Odstąpienie od ww. umowy, kwestionowane przez Spółkę, nie było skutkiem nie wykonania lub nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań, z przyczyn leżących po stronie Spółki. Dlatego też, Spółka w świetle obowiązującej instrukcji wypełniania JEDZ - jak zostało to powyżej wykazane - nie miała obowiązku wskazywać TAK w formularzu JEDZ w odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie.".

Analiza przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz informacji i dokumentów uzyskanych w toku postępowania, wskazuje na to, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

POLAQUA Sp. z o.o w dokumencie JEDZ oświadczył, że nie zachodzi wobec niego, żadna z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ppkt a, pkt 3 /w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit a/, pkt. 4 - 10 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że część III JEDZ odnosi się do oświadczenia Wykonawcy w zakresie podstaw do wykluczenia. W części III sekcji C należało między innymi złożyć oświadczenie czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia związane z rozwiązaniem umowy przed czasem, odszkodowaniem lub innych porównywalnych sankcji.

Na przedstawione ww. zakresie w JEDZ pytanie Wykonawca powinien odpowiedzieć zgodnie z prawdą i opisać okoliczności faktyczne i prawne dot. odstąpienia przez Gminę Miasto Szczecin od umowy na: „Budowę Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie". Zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącymi instrukcji wypełniania JEDZ w części III, sekcja C, pytanie dot. wcześniejszych umów „wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp". Wykonawca nie podał w JEDZ jednak żadnych informacji w tym zakresie i nie skorzystał z możliwości wykazania, że pomimo zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy jest rzetelnym wykonawcą i zasługuje na powierzenie mu przedmiotowego zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku gdy nastąpiło odstąpienie od umowy z innym zamawiającym, a wykonawca mimo to odpowiedział przecząco na pytanie w JEDZ dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, oznacza to, że wprowadził Zamawiającego w błąd.

Informacje wprowadzające w błąd to informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym, niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Podane przez Wykonawcę w JEDZ informacje są nieprawdziwe i ich podanie skutkuje mylnym przekonaniem Zamawiającego co do istniejącego stanu faktycznego sprawy.

Istotą podania nieprawdziwych informacji jest wykreowanie u zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej (tak między innymi wyrok KIO z dnia 04.03.2021 sygn. akt. 460/21).

Wyjaśnienia Wykonawcy przekazane w toku postępowania, po złożeniu oferty wraz z JEDZ wskazujące na to, że Wykonawca nie miał obowiązku wskazywać odpowiedzi „TAK" w formularzu JEDZ na cytowane powyżej pytanie z uwagi na to, że odstąpienie nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy nie znajduje uzasadnienia.

W ocenie Zamawiającego bez znaczenia w tym przypadku pozostaje to z czyjej winy nastąpiło rozwiązanie umowy zawartej przez Wykonawcę. W ślad m.in. za stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19 oraz stanowiskiem zawartym w wyroku KIO z dnia z dnia 30 stycznia 2019 r, sygn. akt 80/19, wyrokiem KIO z dnia 24 lutego 2020 r. sygn. akt 250/20, a także wyrokiem KIO z dnia z 18.06.2020 r. (sygn. akt KIO 706/20), które w całości podziela Zamawiający, zauważyć należy, że przedmiotowa rubryka zawarta w JEDZ pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest podnoszony dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która brzmi następująco - "Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat

Pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której

nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" nie ma charakteru subiektywnego. Pytanie zostało sformułowane na tyle jasno, aby Wykonawca mógł odpowiedzieć „tak" lub „nie". Obowiązkiem Wykonawcy było zatem udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, nie zaś samodzielna ocena przez Wykonawcę przesłanki wykluczenia ww. zakresie, która miałaby determinować odpowiedzi na pytania zawarte w JEDZ.

Okoliczność, iż Gmina Miasto Szczecin oraz POLAQUA Sp. z o.o. pozostają w sporze co do przebiegu realizacji i sposobu zakończenia przedmiotowej Umowy oraz że przed Sądem Okręgowym w Szczecinie toczy się obecnie postępowanie sądowe nie powoduje, że fakt, jakim jest wcześniejsze rozwiązanie ww. umowy nie miał miejsca.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca oświadczając w JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W części III w sekcji C Wykonawca zobowiązany był do złożenia oświadczenia dotyczącego wcześniejszego rozwiązania umowy, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku zaistnienia takich okoliczności formularz jednolitego dokumentu wymagał od Wykonawcy podania szczegółowych informacji na ten temat.

Zauważyć należy, że Wykonawca jest zobowiązany wypełnić JEDZ w powyższym zakresie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia wynikającą z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z SWZ TOM I pkt. 9.2: „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę: (...) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady".

W tym miejscu warto podkreślić, że z przepisów ustawy Pzp ani z wytycznych /instrukcji dotyczących zasad wypełnienia JEDZ nie wynika, aby wykonawcy byli zwolnieni z obowiązku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie zawarte w JEDZ (tj. dotyczące tego „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?") również w przypadku gdy dane rozwiązanie umowy w ocenie wykonawcy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp to Zamawiający dokonuje oceny i może wykluczyć Wykonawcę z postępowania który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W związku z powyższym Wykonawca działający z należytą starannością powinien mieć świadomość, że niezależnie od przyczyn wcześniejszego rozwiązania Umowy jest zobowiązany do zakomunikowania tego faktu Zamawiającemu oraz w dobrze pojętym własnym interesie podania wszystkich okoliczności pozwalających Zamawiającemu na ocenę jego rzetelności.

Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, wraz z określonymi dokumentami i oświadczeniami, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Ze strony profesjonalnych podmiotów wymaga się większej staranności w przygotowaniu oferty, tym bardziej że Wykonawca, działa na rynku od wielu lat.

W niniejszym przypadku Wykonawca nie przedłożył w JEDZ żadnych informacji, nie złożył również wraz z JEDZ innych dokumentów wskazujących na zaistnienie sytuacji, w której

wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązania i jednocześnie przekonujących Zamawiającego o tym, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia określone przez Zamawiającego SWZ.

W konsekwencji powyższego, oceniając złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, Zamawiający uznał, iż oświadczenie Wykonawcy zawarte w JEDZ jest nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości, a to oznacza, że jest to informacja wprowadzająca Zamawiającego w błąd.

Ad. 2)

Informacje wprowadzające w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Podnieść należy, jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy w Gdańsku, że decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji, a nie skutek jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego (Sąd Okręgowego w Gdańsku - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy wyrok z dnia 9 kwietnia 2019 r. XII Ga 206/19, analogicznie wyrok KIO z dnia 04.03.2021 r. sygn. akt. 460/21).

Podanie przez Wykonawcę w niniejszym przypadku nieprawdziwych informacji było decydujące dla oceny czy w danym przypadku w stosunku do Wykonawcy zachodzą okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia.

Ocenie podlega czy w momencie złożenia dokumentu JEDZ i udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące wcześniejszego rozwiązania umowy, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawca przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający opierając się jedynie na treści JEDZ złożonego wraz z ofertą przez POLAQUA Sp. z o.o mógł uznać, iż w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. W analizowanym stanie faktycznym zaistniały jednak takie okoliczności i wymagały zbadania przez Zamawiającego.

W części III sekcji C JEDZ należało odpowiedzieć na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Wskazane powyżej pytanie odnosi się do podania przez Wykonawcę precyzyjnej informacji odnośnie rozwiązania umowy, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca powinien udzielić odpowiedzi "tak” lub "nie”. Brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że to wykonawca udzielając odpowiedzi samodzielnie weryfikuje przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Z wyjaśnień złożonych pismem z dnia 14.10.2021 r. wynika, że Wykonawca miał wiedzę na temat odstąpienia od umowy na: „Budowę Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskjej i Kredowej w Szczecinie". W konsekwencji na przedstawione ww. zakresie w JEDZ pytanie powinien odpowiedzieć „Tak” wraz z opisaniem wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych.

Nieprawdziwe oświadczenie zawarte w JEDZ miało i mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej czy też odrzucenia oferty.

Podkreślić należy, że Zamawiający podjął decyzje o wezwaniu Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

POLAQUA Sp. z o.o. jako strona umowy dotyczącej „Budowy Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" miał świadomość istnienia nieprawidłowości przy realizacji ww. umowy, jak również faktu wcześniejszego rozwiązania umowy. Posiadał także pełną wiedzę na temat okoliczności związanych z odstąpieniem od ww. Umowy co potwierdzają wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 14.10.2021 r.

Informacje przedstawione przez Wykonawcę w JEDZ pozostają zatem w oczywistej sprzeczności z rzeczywistością, a ich podanie skutkowało mylnym przekonaniem Zamawiającego, iż nie zachodzą wobec Wykonawcy okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się z treścią SWZ, gdzie Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy

Pzp Wykonawca powinien powiadomić Zamawiającego o okolicznościach wynikających z ww. przepisu i skorzystać z możliwości przedstawienia wszystkich okoliczności sprawy, które w jego ocenie wskazują, iż mimo faktu przedwczesnego rozwiązania z nim przez Gminę Miasto Szczecin umowy, nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Pozwoliłoby to Zamawiającemu na ocenę rzetelności Wykonawcy, w szczególności na ocenę czy istnieją, bądź nie istnieją, przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na ww. podstawie, które to badanie, w okolicznościach analizowanej sprawy, było konieczne i uzasadnione. Inicjatywa w tym zakresie leżała po stronie Wykonawcy.

Zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu rzetelnej i zgodnej ze stanem faktycznym informacji.

Brak poinformowania Zamawiającego o wcześniejszym rozwiązaniu umowy dotyczącej „Budowy Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" oraz o fakcie naliczenia kar umownych i związany z tym brak wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z ww. sytuacją, nie pozwolił na przeprowadzenie przez Zamawiającego oceny rzetelności Wykonawcy w kontekście fakultatywnej przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

Wykonawca będący profesjonalistą w swojej branży, musiał podczas przygotowywania oferty zdawać sobie sprawę z tego, iż udzielenie w JEDZ negatywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące wcześniejszego rozwiązania umowy, nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie miało realny wpływ na ocenę dokonywaną przez Zamawiającego. Oferta Wykonawcy została najwyżej oceniona i w konsekwencji w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożone w JEDZ oświadczenie dotyczące tego, że Wykonawca nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem zostało na danym etapie postępowanie uznane przez Zamawiającego za prawdziwe i wiarygodne.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zaistniała wynikająca z przepisu art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis odnosi się do wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co oznacza, że dla wypełnienia przesłanki, wystarczy możliwość wywarcia wpływu na takie decyzje. Zaznaczenia przy tym wymaga, że służy to ochronie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przeciwdziała udzieleniu zamówienia wykonawcy, który działa w postępowaniu w sposób nieprofesjonalny i nierzetelny.

Ad3) Przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach niniejszej sprawy zostało wykazane, że doszło do rozwiązania przed czasem umowy dotyczącej „Budowy Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" zawartej pomiędzy Gminą Miasto Szczecin a POLAQUA Sp. z o.o. Jednocześnie Gmina Miasto Szczecin z tytułu odstąpienia od umowy

oraz nienależytego wykonania /zaniechania wykonania obowiązków umownych przez POLAQUA Sp. z o.o. naliczyła Wykonawcy kary umowne w łącznej wysokości 12.571.163,24 zł.

W tych okolicznościach, odpowiedź negatywna na ww. pytanie zawarte w JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przy czym bez wątpienia można również Wykonawcy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przez pryzmat wystąpienia pozostałych przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy POLAQUA Sp. z o. o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odwołać się należy do również wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18. zgodnie z którym: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Jeżeli zatem Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działalnie lekkomyślne, jeżeli natomiast Wykonawca podając w JEDZ obiektywnie nieprawdziwe informacje polegające na zatajeniu przed Zamawiającym faktu rozwiązania przed czasem umowy dotyczącej „Budowy Szkoły Podstawowej przy ul, Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" zawartej pomiędzy Gminą Miasto Szczecin a POLAQUA Sp. z o.o., nie zdawał sobie z tego sprawy, pozostając w nieuzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że nie jest zobowiązany do podania okoliczności faktycznych dot. zadania jw., w konsekwencji czego wprowadził Zamawiającego w błąd, takie działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo.

W ocenie Zamawiającego treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień z dnia 14.10.2021 r. wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie Wykonawcy co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu przedmiotowych informacji polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością treści składanych Zamawiającemu oświadczeń.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak m.in. wskazano w uzasadnieniu do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

Dodatkowo podkreślić należy, że ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 S 2 k.c. - należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Niewątpliwie również Wykonawca biorący udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winien zostać uznany za profesjonalistę.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r., KIO 1983/18 „Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, 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. ”

Nie może także ulegać wątpliwości, iż Wykonawca mógł i powinien był dokonać realnej i rzetelnej weryfikacji składnego przez siebie oświadczenia w kontekście treści sformułowanego w JEDZ pytania, czego jednak nie uczynił. W konsekwencji, złożenie przez Wykonawcę biorącego udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezgodnych z rzeczywistością i niezweryfikowanych informacji dotyczących okoliczności przedmiotowo istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonaliście.

Uwzględniając przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, stanąć należy na stanowisku, zgodnie z którym po stronie Wykonawcy wystąpiła również wina nieumyślna jako przesłanka uzasadniająca jego wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki wynikające z ww. przepisu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeśli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezpodstawne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu rzekomego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, tj. zaznaczenia odpowiedzi „NIE” na pytanie dotyczące realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia składanego na formularzu w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ"), podczas gdy odwołujący wypełnił JEDZ prawidłowo i zgodnie z wytycznymi wskazanymi w instrukcji wypełniania JEDZ

opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych, a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę rzekomo podlegającego wykluczeniu

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 (Dział II) ustawy P.z.p., zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z art. 109 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zamawiający w pkt. 9 s.w.z. TOM I (IDW) przewidział przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ppkt a, pkt 3 (w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit a), pkt 4 - 10 ustawy P.z.p. Tym samym był uprawniony i obowiązany do oceny wykonawcy pod kątem wystąpienia przesłanek wskazanych w przywołanych przepisach.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W konkretnym postępowaniu oświadczenie powinno obejmować tylko te informacje, które są konieczne do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji - określonych na potrzeby konkretnego postępowania. Jak wynika z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., oświadczenie o

niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to jest podmiotowym środkiem dowodowym, który zamawiający obowiązany jest ocenić zgodnie z ustalonymi przez siebie warunkami przetargu.

W myśl ust. 2, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Formularz JEDZ w części III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi" zawiera pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" Wykonawca, w zależności od konkretnej sytuacji, winien zaznaczyć odpowiedź „TAK" lub „NIE". Jeżeli zaznaczy odpowiedź „TAK", obowiązany jest podać szczegółowe informacje na ten temat.

Przywoływana przez odwołującego instrukcja wypełniania JEDZ, znajdująca się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje, iż W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.

Rozstrzygnięcie sporu wymaga zajęcia stanowiska w sprawie, jakie okoliczności zobowiązują wykonawcę do udzielenia odpowiedzi „TAK" na pytanie dotyczące podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Analiza treści przepisu zawartego w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy P.z.p. dowodzi, iż - aby wykluczenie wykonawcy na jego podstawie było możliwe - muszą wystąpić łącznie następujące przesłanki:

- wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,

- wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

- okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zatem ocena, czy w rozpoznawanym przypadku odwołujący powinien był zaznaczyć odpowiedź „TAK" wymaga ustalenia, czy w odniesieniu do inwestycji realizowanej przez odwołującego na rzecz Gminy Miasta Szczecin zaszły wszystkie, wskazane wyżej okoliczności.

W rozpoznawanej sprawie bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że umowa zawarta pomiędzy odwołującym a Gminą Miasto Szczecin dotycząca „Budowy Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" została rozwiązana przed jej ukończeniem. Termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony do dnia 28 września 2020 r. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez Gminę Miasto Szczecin datowane jest na dzień 07 sierpnia 2020 r. Z kolei oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez odwołującego datowane jest na dzień 22 września 2020 r. Zatem przesłanka odstąpienia od umowy ziściła się. Bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy ma fakt, że najpierw Gmina Miasto Szczecin, a następnie odwołujący złożyli oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Na

dzień rozpoznania odwołania mamy bowiem do czynienia z sytuacją, że Gmina Miasto Szczecin odstąpiła od umowy z odwołującym, a skuteczność i prawidłowość tego odstąpienia nie została zakwestionowana przez sąd powszechny. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str. 406).

Nie ulega też wątpliwości, że przedmiotowa umowa nie została wykonana w istotnym zakresie. Odwołujący w piśmie z dnia 14 października 2021 roku sam przyznał, że ostatecznie osiągnięto 43% zaawansowania. Stan zaawansowania inwestycji był jednym z powodów odstąpienia od umowy przez Gminę Miasto Szczecin.

Ostatnim elementem, jaki musi wystąpić, by można było wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., jest okoliczność, że wskazane wyżej przesłanki wystąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich. Zawinienie wykonawcy oraz jego stopień może mieć jednak wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str. 404).

Aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., odwołujący winien przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter ocenny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na

pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy

odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" - ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" należało odpowiedzieć twierdząco. Odwołujący, udzielając odpowiedzi „NIE" wprowadził zatem w błąd zamawiającego, co uzasadnia jego wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ust. 1 pkt. 10 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jest to również fakultatywna przesłanka wykluczenia, a jej zastosowanie (zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy P.z.p.), uzależnione jest od jej wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający przewidział wykluczenie

wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. w pkt. 9 s.w.z. tom I (IDW), zatem zastosowanie wobec odwołującego tej przesłanki nie rodzi wątpliwości, zarówno pod względem formalnym, jak i materialnym.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności uprawniające zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie wskazanego przepisu wymaga ustalenia:

1) czy odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,

2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Izby fakt zaistnienia pierwszej przesłanki, tj. przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, nie budzi wątpliwości. Odwołujący zataił przed zamawiającym istotne informacje co do możliwości zaistnienia wobec niego podstaw wykluczenia.

W ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że odwołującemu można przypisać co najmniej niedbalstwo przy przedstawieniu nieprawdziwych informacji, co zamawiający wykazał w piśmie z dnia 19 listopada 2021 roku, w którym poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż odwołujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący miał świadomość okoliczności, w jakich doszło do rozwiązania umowy zawartej z Gminą Miasto Szczecin, niemniej jednak nie poinformował o nich zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także w wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

Co do trzeciej przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że brak wskazania przez odwołującego informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem potwierdzić lub wykluczyć istnienie wobec odwołującego podstaw wykluczenia, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

Uznanie za bezzasadny zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. jest jednoznaczne z oddaleniem podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec tego, że Izba uznała za poprawną i skuteczną czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, czynność odrzucenia jego oferty również nie budzi wątpliwości Izby.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca ten również udzielił w swoim oświadczeniu JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytanie odnośnie realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, pomimo iż w przestrzeni publicznej dostępne są informacje o rozwiązaniu z Budimex S.A. i nałożeniu na Budimex S.A. kar umownych z tytułu realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co powoduje, iż dokonując wyboru oferty Budimex S.A. - w ramach postępowania - zamawiający w sposób nieuzasadniony odmiennie potraktował ofertę znajdującego się w analogicznej, w stosunku do odwołującego, sytuacji wykonawcy Budimex S.A., czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego lub zaniechanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku Izba dokonała oceny czynności i zaniechań zamawiającego, których emanacją było

zawiadomienie z dnia 19 listopada 2021 roku.

Odwołujący nie wykazał, że w tym dniu zamawiający miał świadomość tego, że wobec przystępującego Budimex mogą zachodzić przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie posiadał informacji dotyczących wykonawcy Budimex. Żaden przepis ustawy P.z.p. nie zobowiązuje zaś zamawiającego do dokonywania poszukiwań „na własną rękę" w celu ustalenia, czy wobec danego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niemniej jednak nie wykazał, by zamawiający dysponował analogicznymi informacjami wobec obu wykonawców, a tylko jednego z nich wykluczył z postępowania. Tym samym w czynnościach i zaniechaniach zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez odwołującego zasad.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia JEDZ z zaznaczeniem odpowiedzi „TAK" w pytaniu dotyczącym realizacji wcześniejszych umów lub art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie umożliwienia odwołującemu zastosowania procedury tzw. „samooczyszczenia", a w konsekwencji, naruszenie art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania

W rozpoznawanym przypadku wskazany wyżej przepis nie znajdzie zastosowania. Wobec uznania za zasadne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, powstałą wprawdzie pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), lecz mającą zastosowanie również wobec postępowań prowadzonych na podstawie przepisów ustawy P.z.p. z 2019 roku, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. (aktualnie art. 128 ust.1) (tak m.in. wyrok KIO z 2.04.2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13.07.2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p., poprzez uniemożliwienie odwołującemu zastosowania procedury „samooczyszczenia".

Zgodnie z art. 110 ust. 2, wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem,
w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str. 418-419). W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wykazał zamawiającemu, że podjął kroki, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p. Odwołujący w odwołaniu podnosił, że ustawa nie określa terminu, w jakim należy dokonać tej procedury. Nie polemizując ze stanowiskiem odwołującego, stwierdzić należy, że - tak czy inaczej - ostatecznym terminem na przeprowadzenie tej procedury będzie termin zawiadomienia o czynności kończącej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w rozpoznawanym przypadku - o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przeprowadzenie procedury nie jest zależne od jakichkolwiek czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, w szczególności - od oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę wcześniej. Zaniechanie przez odwołującego przeprowadzenia procedury „samooczyszczenie" nie jest zatem okolicznością obciążającą zamawiającego.

Oddalenie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 oraz 110 ust. 2 jest równoznaczne z uznaniem za bezzasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. W ocenie Izby, odwołujący, nie wykazał, że zamawiający przy prowadzeniu postępowania naruszył zasadę proporcjonalności.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....