Sygn. akt: KIO 315/22

WYROK

z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Kuszel-Kowalczyk
Przewodniczący

Monika Kawa - Ogorzałek
Członkowie:

Emil Kuriata

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 23 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i

Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg

Krajowych i Autostrad w Lublinie

przy udziale wykonawcy POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i

Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji

Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 315/22

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Lublinie, zwana dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest Projekt i budowa

drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów węzeł „Lubartów Północ", odcinek 1: Obwodnica Kocka i Woli Skromowskiej (dobudowa drugiej

jezdni) długość, ok. 7.839 km", numer referencyjny: O.LU.D-3.2410.1.2021.af.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 sierpnia 2021 r., pod numerem 2021/S 151-398773.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 7 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 252 ust. 1 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wybór

oferty złożonej przez Polaqua sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, mimo że Wykonawca ten w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, a przy tym Wykonawca ten nie dokonał skutecznie czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp,

2) art. 252 ust. 1 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Polaqua sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, mimo że Wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nie wykonał lub wykonał nienależycie inną, wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów:

1) odpowiedzi Gminy Miasta Szczecin z 29 września 2021 r. udzielonej w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej,

2) oświadczenia Gminy Miasta Szczecin z 6 sierpnia 2020 r. o naliczeniu kar umownych wraz z wezwaniem Polaqua sp. z o.o. do zapłaty,

3) oświadczenia Gminy Miasta Szczecin z 7 sierpnia 2020 r. o odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358 z 28 września 2017 r. zawartej z Polaqua sp. z o.o.

4) oświadczenia Gminy Miasta Szczecin z 12 marca 2021 r. o wezwaniu Polaqua sp. z o.o. do zapłaty kar umownych,

wszystkich na okoliczność niewykonania i nienależytego wykonania przez Polaqua sp. z o.o.

z przyczyn leżących po jej stronie, w znacznym stopniu lub zakresie istotnych zobowiązań wynikających z umowy zawartej przez Polaqua sp. z o.o. z Gminą Miasto Szczecin nr CRU/17/0003358 z dnia 28 września 2017 r., której przedmiotem była „Budowa szkoły podstawowej w rejonie ulic Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie", a co doprowadziło do odstąpienia od umowy i dochodzenia przez Gminę Miasto Szczecin roszczeń od Polaqua sp. z o.o. z tytułu naprawienia szkody.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący podał, że Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, działający przez Oddział w Lublinie, prowadzi postępowanie w przedmiocie

udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie inwestycji pn. Projekt i budowa drogi

ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów węzeł „Lubartów Północ", odcinek 1: Obwodnica Kocka i Woli Skromowskiej (dobudowa drugiej jezdni) długość, ok. 7.839 km". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 6 sierpnia 2021 r., numer 2021/S 151-398773. Dalej Odwołujący podał, że działając w oparciu o art. 109 ust. 2 Pzp, Zamawiający określił w postanowieniu 9.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców, iż wykluczy tych wykonawców, którzy dopuszczą się czynów określonych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 Pzp. Użyte w ust. 1 tego przepisu słowo „może" oznacza, iż Zamawiający miał możliwość zastrzeżenia konieczności wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia w stosunku do niego którejkolwiek w sytuacji opisanych w tej jednostce redakcyjnej. Jednak w przypadku, gdy Zamawiający zdecydował się już na takowe zastrzeżenie, stał się on już prawnie zobligowany do wykluczenia wykonawcy wobec którego ziszczą się jedna lub więcej

przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 Pzp, wskazanych w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia jako podstawy wykluczenia (por. wyrok KIO z 26 lipca 2021 r., KIO 1804/21, wyrok KIO z 23 marca 2018 r., KIO 434/18).

Odwołujący wskazał, że Polaqua sp. z o.o. (dalej „Polaqua") biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, na wykonanie inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł

„Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)" złożyła na formularzu Jednolitego

Europejskiego Dokumentu Zamówienia oświadczenie, iż nie zaistniała wobec niej sytuacja, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inna porównywalna sankcja w związku z tą wcześniejszą umową. Oświadczenie identycznej treści Polaqua złożyła również w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podał, że w niniejszym postępowaniu, Polaqua złożyła również na formularzu JEDZ oświadczenie, iż nie była winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji ani nie zataiła tych informacji.

Dalej Odwołujący podał, że oświadczenie złożone przez Polaqua w postępowaniu dotyczącym odcinka S1 Kosztowy - Bieruń (odcinek 1 /B) dotyczące braku nienależytego wykonania wcześniejszej umowy jest oświadczeniem nieprawdziwym i wprowadzającym

Zamawiającego w błąd, co jednoznacznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w, wydanym w trzyosobowym składzie, wyroku z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21). Odwołujący wskazał, że Izba ustaliła w przywołanym wyżej orzeczeniu, że Polaqua:

a. z przyczyn leżących po jej stronie,

b. w znacznym stopniu lub zakresie,

c. nie wykonała lub nienależycie wykonała istotne zobowiązanie,

wynikające z umowy zawartej przez tego wykonawcę z Gminą Miasto Szczecin nr CRU/17/0003358 z dnia 28 września 2017 r., a której przedmiotem była „Budowa szkoły podstawowej w rejonie ulic Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie", a przy tym

wprowadziła ona Zamawiającego w błąd nieprawdziwą informacją mającą wpływ na

rozstrzygnięcia Zamawiającego, bezzasadnie zakreślając w części III.C JEDZ odpowiedź „NIE".

Odwołujący podkreślił, że wyrokiem tym Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła w całości odwołanie Polaqua wobec decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania. W uzasadnieniu orzeczenia Izba wskazała, iż dokonane przez Zamawiającego wykluczenie Polaqua z postępowania było czynnością prawidłową i znajdowało ono swoją podstawę zarówno w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawa Pzp jak i w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Izba w rzeczonym wyroku z 13 grudnia 2021 r. stwierdziła, że obowiązkiem Polaqua było zaznaczenie w treści oświadczenia składanego w formie JEDZ odpowiedzi „TAK" na pytanie zawarte w części III sekcja C, zważywszy na sposób wykonania przez tego wykonawcę umowy obejmującej budowę szkoły podstawowej w Szczecinie. Co istotne, Izba podjęła powyższe ustalenia uwzględniając okoliczność, że między Polaqua a Gminą Miasto Szczecin istniał i istnieje spór co do

przyczyn niewykonania umowy, który do dnia dzisiejszego nie został rozstrzygnięty

orzeczeniem sądu powszechnego. Odwołujący wskazywał, że wbrew temu co twierdzi Polaqua w piśmie do Zamawiającego z 13 grudnia 2021 r. (złożonym po ogłoszeniu ww. wyroku), ani treść pytania III.C w JEDZ, ani treść

instrukcji wypełniania JEDZ wydanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ani też fakt zmiany treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp względem treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie wywołują żadnych wątpliwości co do sposobu udzielania odpowiedzi na pytanie zawarte w punkcie III.C JEDZ. Jest oczywiste, iż, zważywszy okoliczności niewykonania umowy w Szczecinie, Polaqua bezzasadnie zaznaczyła odpowiedź „NIE" i to zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym budowy drogi S1 jak i pierwotnie w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że to w jaki sposób wykonawca ma obowiązek udzielić odpowiedzi na rzeczone pytanie nigdy nie budziło wątpliwości Odwołującego i przeważającej liczby innych wykonawców startujących w przetargach publicznych, a przecież wiadomym jest, iż spora ich część, jak nie większość, toczy czasem spory z publicznymi inwestorami co do przyczyn nienależytego wykonania zamówień. Wbrew „niejasnościom", które Polaqua dostrzega w tej materii i które wyartykułowała na stronach 9 i następnych pisma z 13 grudnia 2021 r., sposób postępowania przy odpowiedzi na pytanie zawarte w punkcie III.C JEDZ jest klarowny. W najbardziej zwięzły i jasny sposób aspekt ten ujęła KIO w przywoływanym już wyroku z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21). Izba dokonała podziału przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp na:

a. przesłanki obiektywne tj.:

i. czy doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania umowy,

ii. czy owo nienależyte wykonanie umowy lub jej niewykonanie dotyczyło znacznego stopnia/zakresu umowy, czy dotyczyło istotnego zobowiązania,

iii. czy miało miejsce złożenie przez jedną ze stron oświadczenia o odstąpieniu od umowy (jej wypowiedzeniu) lub czy strona czująca się poszkodowana wezwała kontrahenta do zapłaty odszkodowania czy kosztów wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

b. przesłankę subiektywną tj.:

i. czy ww. okoliczności zaistniały z przyczyn leżących po stronie zamawiającego czy wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że udzielając odpowiedzi w zakresie przesłanek obiektywnych wykonawca może udzielić odpowiedzi ostrych, kategorycznych, w systemie 0-1, o treści „TAK" albo „NIE". Zaistnienie tych przesłanek (bądź jego brak) nie zależy od subiektywnego przekonania wykonawcy co do źródeł faktu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy. Może ono zostać również łatwo zweryfikowane przez osoby trzecie nie uczestniczące w wykonywaniu danej inwestycji, nie znające całokształtu okoliczności sprawy.

Ponadto Odwołujący wskazał Krajowa Izba Odwoławcza w ww. orzeczeniu, trafnie wskazała, że Polaqua odpowiadając na pytanie znajdujące w punkcie III.C JEDZ w kontekście wykonywania umowy na budowę szkoły zawartej z Gminą Miastem Szczecin, powinna w odniesieniu do okoliczności obiektywnie stwierdzalnych udzielić trzykrotnie odpowiedzi

„TAK”.

Odwołujący podkreślił, że Izba zasadnie dostrzegła, iż istnienie tych okoliczności zostało zresztą przyznane przez Wykonawcę w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach i w toku postępowania odwoławczego, było zatem bezsporne. Zatem:

a. bezsporne było, iż nie doszło do wykonania umowy w całości; przedmiot umowy został wykonany w 43% (informacja pochodząca od Polaqua), zaawansowanie finansowe w chwili zakończenia robót wynosiło 37%,

b. bezsporne było, iż niewykonanie umowy dotyczyło istotnego świadczenia Wykonawcy; nie wykonał on bowiem części projektów (§ 3 ust. 12 umowy), nie wykonał on większości zleconych mu robót budowlanych, nie został wybudowany przez niego w całości obiekt budowlany (m.in. nie wykonał on w ogóle zadaszenia sali sportowej), Wykonawca nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie (§ 1 ust. 2 pkt 2 i 3 umowy),

c. bezsporne było, że obie strony złożyły oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy; Miasto Szczecin w dniu 7 sierpnia 2020 r., a Wykonawca w dniu 22 września 2020 r.,

d. bezsporne było, iż w pismem z 6 sierpnia 2020 r. Gmina Miasto Szczecin wezwała Polaqua do zapłaty kwoty w łącznej wysokości 12.571.163,24 zł tytułem kar umownych z tytułu naruszenia obowiązków związanych z podwykonawcami, z tytułu opóźnień w przekazaniu aktualizacji osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz z tytułu nienależytego wykonania umowy skutkującej odstąpieniem.

Dalej Odwołujący podkreślił, że w przywoływanym wyroku z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21) Izba wskazała, iż udzielenie odpowiedzi twierdzącej co do choć jednej okoliczności obiektywnej, obliguje wykonawcę do udzielenia odpowiedzi „TAK” w stosunku do całego pytania zawartego w punkcie III.C JEDZ. Wykonawca powinien postąpić w ten sposób również w sytuacji, w której uważa, iż przyczyny nienależytego wykonania umowy / jej niewykonania, odstąpienia od niej itd. spowodowane są w części a nawet w całości okolicznościami leżącymi po stronie zamawiającego. W takim wypadku, zadaniem wykonawcy jest je szczegółowo wskazać tak, ażeby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że z rzeczoną tezą zbieżna jest treść Instrukcji Wypełniania

Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, opublikowana na stronie internetowej

Urzędu Zamówień Publicznych (

publicznychregulacje/prawo-krajowe/jednolity-europejski-dokument-zamowienia). Instrukcja

ta na stronach 44 i 45 nakazuje interpretować treść pytania zamieszczonego w JEDZ

zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zatem przy uwzględnieniu, iż niewykonaniem lub

nienależytym wykonaniem powinna (dla zaistnienia konieczności udzielenia odpowiedzi twierdzącej) być objęta istotna część przedmiotu umowy. Z kolei „nieprawidłowości w zakresie realizacji”, o których mowa w prawej kolumnie tabeli, odnosić należy do obiektywnej kategorii niewykonania przedmiotu umowy lub jego niewłaściwego wykonania. Instrukcja - identycznie jak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 grudnia 2021 r. - nakazuje, ażeby w przypadku zaistnienia takiego stanu, wykonawca podał „szczegółowe informacje na temat”. Zatem, każdy

starannie działający wykonawca znalazłszy się w miejscu Polaqua, bazując li tylko na pouczeniu wynikającym z instrukcji, nie miałby wątpliwości, iż, w kontekście niewykonanej w całości szkoły w Szczecinie, powinien w odpowiedzi na pytanie III.C JEDZ zaznaczyć kratkę „TAK”, a następnie przekazać szczegółowe informacje na temat sposobu spełniania świadczeń przez obie strony (w tym oczywiście, jeżeli takie by zaistniały zdaniem Polaqua - również te obciążające inwestora).

Odwołujący wskazał, że powyższe tezy nie mają charakteru nowości; stanowisko zbieżne z tym pochodzącym z wyroku KIO z 13 grudnia 2021 r., zarówno Izba jak i doktryna prawa prezentowały już wcześniej (uchwalenie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych nie zdezaktualizowało tych tez): w przypadku omawianej przesłanki wykluczenia, niezależnie od tego, kto przyczynił się do przedwczesnego rozwiązania umowy i z czyjej winy nastąpiła ta okoliczność, wykonawca ma obowiązek potwierdzić w JEDZ sam fakt wcześniejszego rozwiązania umowy. Taki wniosek wypływa z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2019 r. (KIO 80/19): „Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: «czy

wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?» należało odpowiedzieć twierdząco. Izba podkreśla, że twierdząca odpowiedź na przytoczone wyżej pytanie nie jest uzależniona od faktu, iż do przedwczesnego rozwiązania umowy doszło z winy którejkolwiek ze stron, w szczególności z winy wykonawcy. Pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia polegającego na wcześniejszym rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji odwołujący, który udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie, wprowadził zamawiającego w błąd". Jak wynika z powyższego wyroku, wykonawca powinien w JEDZ zawsze potwierdzić fakt wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nawet jeżeli okoliczność ta nie wynikała z jego winy, w innym bowiem przypadku wystąpi wobec niego kolejna przesłanka wykluczenia, określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., związana z wprowadzeniem zamawiającego w błąd" zob. I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 24.

Odwołujący podkreślił, iż Polaqua co najmniej na skutek niedbalstwa przedstawiła, zarówno w postępowaniu o udzielenie Zamówienia publicznego prowadzonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, na wykonanie inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", jak i w niniejszym postępowaniu, nieprawdziwą informację wprowadzająca Zamawiającego w błąd, a co do braku zaistnienia wobec tego Wykonawcy okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 w odniesieniu do umowy zawartej w dniu 28 września 2017 r. nr CRU/17/0003358 z Gminą Miastem Szczecin na wykonanie inwestycji pn. „Budowa szkoły podstawowej w rejonie ulic Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w procedurze zaprojektuj i wybuduj". Odwołujący skonkludował, powyższe, że Zamawiający niegodnie z prawem zaniechał wykluczenia Polaqua z postępowania i niezasadnie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 252 ust. 1 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 i 3 Pzp. Odwołujący stwierdził, że zapewne przyczyną naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów była, dokonana przez Polaqua pismem datowanym na 13 grudnia 2021 r. próba (nieskuteczna - o czym dalej) udowodnienia Zamawiającemu, iż Wykonawca ten spełnił łącznie przesłanki wskazane w punktach 1-3 ust. 2 art. 110 Pzp, a zatem, że dokonał on tzw. self-cleaningu, samooczyszczenia. Niemniej, zarówno treść wyjaśnień Polaqua zawarta w piśmie opatrzonym datą 13 grudnia 2021 r. jak przede wszystkim kontekst, w którym owe wyjaśnienia zostały przedłożone Zamawiającemu, dyskwalifikują tę czynność jako spełniającą warunki skutecznego self-cleaningu.

Odwołujący podkreślił, że immanentnym warunkiem do uznania czynności Wykonawcy za spełniające warunki z art. 110 ust. 2 Pzp jest świadomość i wiedza Wykonawcy co do tego, iż naruszył on wcześniej jakiś przepis ustawy, jak również jego otwarte przyznanie, że dopuścił się on któregokolwiek z czynów stanowiących przesłankę do wykluczenia z postępowania.

Zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie KIO aspekt ten jest akcentowany szczególnie silnie i wyjątkowo jednolicie: „Wykonawca powinien zatem w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania" (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 110). Podobnie wskazuje I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych.

Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020,: „żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne". Taki pogląd został zaprezentowany w szczególności w orzeczeniu KIO z 3 lutego 2017 r. (KIO 139/17), w myśl którego: „przechodząc do drugiej kwestii, z uwagi na tak

istotny stopień nienależytego wykonania umowy, czyli uwzględniając ustaloną i ocenioną w

powyższy sposób przez Izbę wagę i szczególne okoliczności, Zamawiający słusznie uznał, że Konsorcjum nie wykazało, że w ramach tzw. samooczyszczenia podjęło wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem sine qua non takiej procedury jest uznanie przez przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Tymczasem Konsorcjum, zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i przed Izbą, konsekwentnie kwestionowało, że znalazło się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp. Już z tego powodu oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności należy uznać za niewiarygodne". Podobnie wskazała KIO w

orzeczeniu z 28 września 2018 r., (KIO 1797/18): „Aby skorzystać z self-cleaningu, wykonawca w pierwszej kolejności musi przyznać się do deliktu. Po pierwsze, na tym polega procedura (wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił), po drugie - w przeciwnym wypadku trudno wadliwe działanie przeanalizować i skorygować".

Odwołujący wskazał, że tymczasem zarówno treść oświadczeń Polaqua jak i kontekst, którym zostały one złożone dowodzą, iż wykonanie czynności określonych w art. 110 ust. 2 Pzp ma charakter pozorny, nierzeczywisty, nakierowany jedynie na uniknięcie wykluczenia z postępowania, bez zamiaru dokonania rzeczywistych zmian mających wykluczyć lub znacząco zminimalizować w przyszłości ryzyko wprowadzenia zamawiających w błąd poprzez przekazywanie im nieprawdziwych informacji lub zatajanie niewygodnych faktów. O powyższym świadczy konsekwentnie prezentowane przez Polaqua stanowisko, iż nie ziściła się wobec tego wykonawcy ani przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ani wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca ten w piśmie datowanym na 13 grudnia 2021 r. stara się przekonać Zamawiającego szeroko rozbudowanymi wywodami, że przyczyny niewykonania umowy z Miastem Szczecin leżą w całości po stronie inwestora, ale też przede wszystkim stwierdza wprost, że „W tym stanie rzeczy sposób, jaki Spółka wypełniła dokument JEDZ w niniejszym Postępowaniu był w ocenie Spółki prawidłowy i zgodny z przepisami prawa rządzącymi procesem udzielania zamówień publicznych" (s. 9). Dalej, Polaqua poszukuje przyczyn takiego a nie innego wypełnienia odpowiedzi na pytanie III.C JEDZ w zmianie interpretacji przepisów wynikającej z opublikowaniem przez UZP nowej instrukcji wypełniania JEDZ (a co jest oczywiście bezpodstawne) oraz w wyroku KIO z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21), który rzekomo miałby stać w sprzeczności z tą instrukcją (co nie jest prawdą). Wykonawca ten zatem do instytucji samooczyszczenia podchodzi koniunkturalnie, unika - niezbędnego w celu uznania samooczyszczenia za czynność skuteczną - przyznania się, iż w istocie prawdziwym powodem nie wskazania w odpowiedzi III.C JEDZ okoliczności niewykonania umowy w Szczecinie był zamiar uniknięcia wyjaśniania

Zamawiającemu złożonych przyczyn tego stanu rzeczy i odnoszenia się do (a jak wynika z

dołączonej do odwołania korespondencji pochodzącej od Gminy Miasta Szczecin) bardzo poważnych i uprawdopodobnionych) zarzutów inwestora co do tego iż niewykonanie umowy było spowodowane winą Polaqua. O tym jakiego ryzyka Wykonawca mógł uniknąć zatajając niewygodne dla niego fakty, świadczy zresztą treść uzasadnienia wyroku KIO z 13 grudnia 2021 r. w którym Izba potwierdziła zasadność wykluczenia Polaqua z postępowania przez GDDKiA Oddział w Katowicach nie tylko ze względu na przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, ale też na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Polaqua zresztą nie ukrywa, iż przyczyną podjęcia czynności self-clearingu był „zapadły w dniu 13 grudnia wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie odwołania spółki pod sygnaturą KIO 3467/21" (s. 16), a z którego ustaleniami się nie zgadza. Dalej Wykonawca, szczerze przyznaje, iż celem podjęcia szeregu działań naprawczych było uniknięcie sytuacji w której rzetelność Polaqua będzie kwestionowana, nie zaś po to ażeby kolejni zamawiający nie byli nigdy wprowadzani w błąd co do okoliczności wykonania wszystkich zamówień publicznych zgodnie z prawem i treścią łączących Wykonawcę z poszczególnymi inwestorami umów. Zatem, działania które Polaqua przedstawiła w piśmie z 13 grudnia 2021 r., a które mają na celu jedynie uniknięcie wykluczenia z postępowania, nie mogą być utożsamiane z czynnościami, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, co powoduje niemożliwość zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Polaqua (art. 110 ust. 3 Pzp a contario).

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przytoczył, obrazujący problem wyrok KIO z 27 sierpnia 2019 r. (KIO 1576/19): „Odwołujący polemizuje z wnioskami Zamawiającego, wykazując zasadność przyjętych przez siebie wniosków. Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury self-cleaningu w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Z treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wynika, że Odwołujący powołuje się na procedurę samooczyszczenia «na wszelkie wypadek». Nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie Pzp".

Odwołujący zarzucał ponadto, iż Polaqua podjęła czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp zbyt późno, a co sprawia, że również z tej przyczyny nie odniosły one skutku w postaci możliwości uniknięcia wykluczenia z postępowania. Ustawa literalnie nie określa terminu, w ciągu którego wykonawca zobowiązany jest wszcząć procedurę samooczyszczenia. Niemniej, cel dla którego ustanowiono tę instytucję, jak również jej wyjątkowy charakter względem zasady wykluczania z postępowania wykonawców naruszających przepisy prawa,

nakazuje przyjąć, iż czynności self-cleaningu jeżeli mają być uznane za rzeczywiste, a nie podjęte pozornie jedynie dla wywołania skutku w postaci uniknięcia wykluczenia z postępowania, powinny zostać wszczęte z własnej inicjatywy wykonawcy, niezwłocznie po dostrzeżeniu uchybień, nie zaś na skutek wezwań zamawiającego bądź zdarzeń istotnie zwiększających ryzyko wykluczenia - w szczególności ogłoszenia wyroków KIO. Jak wskazał J. E. Nowicki [w:] M. Kołecki, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Warszawa 2019, art. 24 (teza wydana w oparciu o stan prawny wynikający z poprzedniej ustawy Prawo

zamówień publicznych, niemniej zachowująca w pełni swą aktualność): „to wykonawca ma

wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający". Odwołujący stwierdził, że z tego względu za bezskuteczne winno uznać się sięgnięcie przez Polaqua do instytucji samooczyszczenia nie z nieprzymuszonej woli naprawiania wadliwej praktyki wypełniania JEDZ wprowadzającej zamawiających w błąd, lecz na skutek ogłoszenia przez tut. Izbę w wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 3467/21. Co więcej, szersze spojrzenie na kwestię tzw. self-clearingu, dokonane z uwzględnieniem zamysłu jaki towarzyszył autorom tej instytucji i celu do jakiego została ona powołana, nakazuje przyjąć, iż samooczyszczenie nie powinno w ogóle być dopuszczalne w postępowaniu, w którym wykonawca naruszył już przepisy prawa. Jak wskazano w doktrynie (I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 24): „W przypadku przesłanki wykluczenia z pkt. 17 art. 24 ust. 1 ustawy pzp słusznym wydaje się uznanie, że dopuszczalność samooczyszczenia «aktualizuje się» dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany (wykonawca został wykluczony w innym postępowaniu i ciąży na nim opinia wykonawcy przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd). (...) «Self-cleaning» nie może mieć odniesienia w sytuacji, w której Zamawiający dowiaduje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji a dodatkowo wykonawca zaprzecza spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 24 ust 1 pkt 17. Wypaczałoby to całkowicie cel i sens przedmiotowej instytucji" (wyrok SO w Gdańsku z 9.04.2019 r., XII Ga 206/19)". Koncepcja ta wydaje się ze wszech miar słuszna; stworzenie procedur mających zapobiec przyszłym nadużyciom, ich wdrożenie i przede wszystkim analiza ich działania w praktyce wymaga czasu. Ocena ta powinna zatem zostać dokonana już na gruncie kolejnych postępowań.

W tym stanie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający niezgodnie z przepisami prawa oraz sprzecznie z funkcją dla której ustawodawca stworzył tzw. self-clearing, przyjął iż Polaqua skutecznie dokonała w ramach niniejszego postępowania czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp. Wskazuje na to zarówno sama treść oświadczeń tego Wykonawcy zawarta w piśmie z 13 grudnia 2021 r., jak również kontekst i termin w jakim ostało ono złożone. Odnośnie drugiego zarzutu Odwołujący wskazał co następuje:

Na wstępie uzasadnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego Polaqua z postępowania z uwagi na niewłaściwe wykonanie wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne, podkreślić należy, iż Wykonawca ten nie objął procedurą samooczyszczenia okoliczności i skutków nienależytego wykonania / niewykonania umowy o budowę szkoły podstawowej w Szczecinie (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Procedura ta odnosi się tylko do konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd nieprawdziwą informacją (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp). Świadczy o tym brak przedstawienia przez Polaqua jakichkolwiek środków, rozwiązań, procedur itp. nakierowanych na uniknięcie w przyszłości ryzyka nieprawidłowego wykonywania umów o roboty budowlane. Na stronie 13 (dolna część strony) zmodyfikowanego oświadczenia złożonego przez Polaqua na formularzu JEDZ w dniu 13 grudnia 2021 r., Wykonawca ten zresztą wprost wskazuje, iż nie przedsięwziął w tym zakresie żadnych środków.

Odwołujący podkreślił, że okoliczność ta ma kluczowe znaczenie dla oceny zasadności drugiego zarzutu niniejszego odwołania. Obowiązkiem Zamawiającego była ocena czy względem Polaqua zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a ocena to winna zostać wykonana osobno od ustaleń w przedmiocie kwestii wykluczenia Polaqua z postępowania z uwagi na wprowadzanie Zamawiającego w błąd i kwestii prób samooczyszczania się tego Wykonawcy od skutków tego czynu. Odwołujący ocenił, że dokonana przez Zamawiającego ocena w tym zakresie była wadliwa. Odwołujący stwierdził, że jej wynik budzi daleko idące zdziwienie, albowiem Zamawiający dysponował takim samym materiałem dowodowym dotyczących okoliczności niewykonania przez Polaqua umowy z Gminą Miasto Szczecin na budowę szkoły podstawowej, jakim dysponował zamawiający Generalny Dyrektor Dróg Krajowych Oddział w Katowicach (analizujący ten materiał w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na

budowę drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B), a który to zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Polaqua postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący wskazał, że niezwykle ważną kwestią dla rozstrzygnięcia zasadności niniejszego zarzutu jest jednak treść wyroku i jego uzasadnienia, a który Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21). Izba - co należy podkreślić - analizując te same dowody, które oceniał (powinien oceniać) Zamawiający w niniejszym postępowaniu, nie miała wątpliwości, że Polaqua z przyczyn leżących po jej stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonała lub wykonała nienależycie istotne zobowiązania wynikającego z umowy zawartej w dniu 28 września 2017 r. między Polaqua a Gminą Miasto Szczecin, a której przedmiotem była „Budowa szkoły podstawowej w rejonie ulic Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie", a co doprowadziło do odstąpienia od umowy. W ww. wyroku Izba rozważała zarówno zaistnienie przesłanek obiektywnych zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (czy doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania umowy, czy owo nienależyte

wykonanie umowy lub jej niewykonanie dotyczyło znacznego stopnia/zakresu umowy, czy

dotyczyło istotnego zobowiązania, czy miało miejsce złożenie przez jedną ze stron oświadczenia o odstąpieniu od umowy (jej wypowiedzeniu) lub czy strona czująca się poszkodowana wezwała kontrahenta do zapłaty odszkodowania czy kosztów wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady) - co z uwagi na oczywistość i bezsporność tych okoliczności odbyło się niemalże automatycznie - ale też oceniała kluczową kwestię o charakterze subiektywnym, ocennym, tj. czy wystąpienie ww. zdarzeń było spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem stron, a jeśli tak - w jakim stopniu.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowym analizom poddany został dość szeroki materiał dowodowy, w postaci m.in. odpisu pozwu złożonego przez Polaqua przeciwko inwestorowi, jak również (mimo że Gmina Miasto Szczecin nie uczestniczyła w żadnej roli w tym postępowaniu) obszerną dokumentację pochodzącą od tego ostatniego, m. in. niezwykle rozbudowane faktograficznie oświadczenie Gminy Miasta Szczecin o odstąpieniu od umowy z 7 sierpnia 2020 r.

Odwołujący wskazał, że specyfika postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, odznaczająca się szybkością i zwięzłością postępowania dowodowego, jak również fakt, iż okoliczności niewykonania przez Polaqua umowy zawartej z Gminą Miasto Szczecin mają bardzo szeroki i złożony charakter (por. oświadczenie inwestora z 7 sierpnia 2020 r.), a Odwołujący nie był stroną tamtej umowy i wynikającego z niej sporu, sprawiają, że Odwołujący nie jest w stanie przedłożyć wszystkich dowodów (w szczególności ekspertyz technicznych, korespondencji między stronami itd.), że zawinione przyczyny braku wybudowania budynku szkoły leżą w całości po stronie Polaqua. Zasadniczo wiążącym ustaleniem w tej sprawie będzie dopiero prawomocny wyrok sądu powszechnego (albo nawet Sądu Najwyższego), który niemniej zważywszy na stopień skomplikowania sprawy, złożoność i ilość dowodów do przeprowadzenia (w tym opinii biegłych, zeznań świadków) może zostać wydany nawet w latach 30. tegoż wieku.

Niemniej, Odwołujący wskazał, że przedkładany w załączeniu do niniejszego odwołania materiał dowodowy w szczególności w postaci oświadczenia Gminy Miasta Szczecin z 7 sierpnia 2020 r. o odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358, istotnie uprawdopodabnia, ze względu na wyczerpujący i profesjonalnie wykonany opis sprawy i jego wiarygodną treść, tezę, iż jedyną albo przeważającą przyczyną niewykonania i nienależytego wykonania umowy był zawinione działania lub zaniechania Polaqua.

Odwołujący zgodził się z ustaleniem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w przytaczanym wielokrotnie w odwołaniu orzeczeniu z 13 grudnia 2021 r., przydającym prawną doniosłość chronologii składania przez strony oświadczeń o odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358. To inwestor złożył to oświadczenie jako pierwszy - w dniu 7 sierpnia 2021 r. - bardzo szeroko i skrupulatnie je uzasadniając. W tym stanie istnieje spore prawdopodobieństwo, że

oświadczenie Polaqua z 22 września 2022 r. nie było uzasadnione ani w świetle stanu

faktycznego na tej budowie ani stanu prawnego, zaś było jedynie instrumentem budowy strategii procesowej w zbliżającym się sporze z inwestorem. Słusznie ponadto KIO w rzeczonym wyroku konstatuje, iż ani skuteczność i ani zasadność odstąpienia dokonanego przez Miasto Gminę Szczecin (podkreślając, że dokonanego w pierwszej kolejności) nie została zakwestionowana przez sąd powszechny. Choć w praktyce oczywiście nie było możliwe rozpoznanie takiej sprawy w ciągu kilku tygodni, nie zmienia to faktu, iż odstąpienie od umowy przez inwestora niesie za sobą domniemanie faktycznie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a co ma doniosłe znaczenie do

rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że opisane przez Gminę Miasto Szczecin przyczyny odstąpienia od umowy brzmią wiarygodnie i spójnie. Wydaje się nieprawdopodobnym iż inwestor ten, stale i zawodowo prowadzący tego typu inwestycje, składałby nieuzasadnione oświadczenie o odstąpieniu od umowy na siedem tygodni przed umownym terminem zakończenia robót, nie mając ku temu bardzo solidnych podstaw. Innymi słowy, gdyby zakres i charakter nienależytego wykonania przez wykonawcę nie był istotny (np. jedynie parotygodniowa zwłoka, wady usuwalne), inwestor nie zdecydowałby się na taki ruch, zdając sobie sprawę, że inwentaryzacja robót i wyłonienie nowego wykonawcy w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wiązałoby się z jeszcze większym opóźnieniem budowy, a zważywszy na galopujące w 2020 r. ceny materiałów budowalnych - również ze znacznym wzrostem kosztów inwestycji.

Odwołujący podniósł, że Inwestor Gmina Miasto Szczecin w oświadczeniu z 7 sierpnia 2021 r. wskazuje na liczne błędy projektowe w sporządzonym projekcie przez podwykonawcę Polaqua, niedostateczne zaangażowanie sprzętowe i ludzkie (60 osób lipcu 2020 r.), brak zgłaszania przez Wykonawcę wniosków materiałowych. Wedle doniesień inwestora znacząca część robót realizowana była siłami podwykonawców, których obecności na placu budowy Polaqua z wiadomych sobie powodów nie zgłaszała inwestorowi. Tak więc, wskazane w piśmie inwestora przyczyny odstąpienia od umowy wydają się wielce prawdopodobne i uzasadnione; co najmniej zastanawiający wydaje się fakt, iż Polaqua mając 3 lata na wykonanie - dość prostego technologicznie obiektu (a wcześniej jego projektu) tj. budynku trzykondygnacyjnego oraz sali gimnastycznej - po upływie 34 miesięcy od zawarcia umowy wykonała 43 % zakresu robót, przy zaawansowaniu finansowym 37%. Odwołujący, bazując na swym doświadczeniu dużego przedsiębiorstwa budowlanego, wskazał, że inwestycje, w których wykonawcy doznają różnych przeszkód od zamawiających zdarzają się powszechnie, niemniej takie w których przeszkody powodują tak gigantyczny poślizg (a do czego nie przyczynia się wykonawca) praktycznie nigdy nie występują. Dotyczy to zwłaszcza inwestycji realizowanych w formule „zaprojektuj i buduj", gdzie wpływ inwestora na poziom merytoryczny dokumentacji projektowej, ostateczny kształt i prawidłowość rozwiązań technicznych, harmonogram realizacji robót, ich kolejność, organizację budowy itd. - jest praktycznie żaden.

Ponadto Odwołujący wskazał, ze oprócz przyczyn opisanych przez inwestora, doświadczenie życiowe nakazuje poszukiwać rzeczywistych przyczyn nienależytego wykonania części robót i niewykonania reszty w fakcie zaniżonej wyceny przez Polaqua ceny ofertowej, tak ażeby bezwzględnie pozyskać zamówienie, zaś zakładany zysk „odrobić" na agresywnych optymalizacjach obniżających cechy funkcjonalne szkoły (np. kwestia kanałów wentylacyjnych mających zapewnić określoną ilość wymiany powietrza).

Odwołujący wskazał również, że znamienny jest też przypadek, wystąpienia powszechnego problemu właściwego „ekonomicznym" projektom obiektów kubaturowych, jakim jest niewystarczająca izolacja przeciwwodna płyt posadzkowych. Zresztą analiza całego przebiegu inwestycji dowodzi, że właśnie na tym etapie Wykonawca popełnił najwięcej błędów (zmiana podwykonawcy - projektanta w trakcie procesu projektowania z PAS Projekt sp. z o.o. na Urbicon sp. z o.o., błędy projektowe w zakresie rozwiązań przeciwpożarowych, sprzeczności między projektami budowlanym a wykonawczymi, brak akceptacji przez inwestora poszczególnych opracowań projektowych).

Odwołujący, zaznaczył, że nie będąc stroną umowy na budowę szkoły w Szczecinie, nie ma możliwości przedłożenia szczegółowych dowodów wykazujących okoliczność nienależytego wykonania tej umowy przez Polaqua, w szczególności ekspertyzy technicznej. Zresztą przeprowadzenie w tym zakresie pełnego postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu byłoby de facto niewykonalne, zważywszy chociażby na fakt, iż takowe zajmie właściwemu sądowi kilka lat. Niemniej, oświadczenie Gminy Miasta Szczecin o odstąpieniu od umowy zawierające obszerne uzasadnienie, zważywszy na zasady doświadczenia życiowego i kontekst odstąpienia, stanowi dowód, który uprawdopodabnia zasadność zarzutu odwołania w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w stopniu wystarczającym do jego uwzględnienia. Odwołujący podkreślił, że powyższej konstatacji nie zmienia ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym. Rozkład ciężaru dowodu decyduje jedynie o tym, która strona jest zobowiązana poprzeć dowodami swoje twierdzenia w celu wykazania ich prawdziwości; pozostaje on już natomiast kwestią irrelewantną w sytuacji, gdy w postępowaniu zostały zebrane i przedłożone dowody, które z uwzględnieniem domniemań faktycznych, zasad doświadczenia życiowego, logiki i towarzyszących sprawie okoliczności, pozwalają uwzględnić zarzut odwołania.

Odwołujący przywołał jeszcze raz wyrok KIO z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21), w którym Izba - rozpoznając odwołanie dysponowała dokładnie takim samym materiałem dowodowym jak ten przedłożony w niniejszym postępowaniu - orzekła, iż Polaqua dopuściła się ze swej winy nienależytego wykonania lub niewykonania istotnej części umowy o zamówienie

publiczne i podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art.109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od przesłanek merytorycznych, za uwzględnieniem odwołania przemawia zatem również uzasadnione oczekiwanie uczestników obrotu - rynku zamówień publicznych, zachowania jednolitości orzecznictwa KIO w sprawach odnoszących się do identycznych stanów faktycznych.

Zważywszy na powyższy stan, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dysponujący powyższym materiałem dowodowym co najmniej od grudnia 2021 r. (vide wezwanie Polaqua do wyjaśnień z 3 grudnia 2021 r.) zobligowany był do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania również na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie posiadał w tym zakresie luzu decyzyjnego, albowiem nie zaszła tym przypadku żadna z przesłanek określonych w art. 109 ust. 3 Pzp. Zakres niewykonania umowy przez Polaqua powoduje, iż wykluczenie tego Wykonawcy z niniejszego postępowania jest sankcją proporcjonalną.

W dniu 22 lutego 2021 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, złożył do akt sprawy

odpowiedź na odwołanie w której wnosił o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania i obciążenia kosztami postępowania Odwołującego. Zadamawiający w ww. piśmie szeroko odniósł się do argumentacji Odwołującego, przedstawiając własne stanowisko.

W dniu 22 lutego 2021 r. wykonawca POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, w formie elektronicznej, złożył stanowisko Przystępującego do akt sprawy wskazując, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego są w całości bezzasadne i wnosząc o oddalenie Odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kazodawskiej (dalej Przystępujący lub POLAQUA).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Odwołujący wnioskował o odrzucenie odwołania, ze względu na niedołączenie do odwołania przesłanego Zamawiającemu żadnego z załączników na jakie Odwołujący powoływał się w odwołaniu, w szczególności Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedłożył pełnomocnictwa, a także jednego z dokumentów o którym Zamawiający nie miał wiedzy tj. odpowiedzi Gminy Miasta Szczecin z 29 sierpnia 2021 r. udzielonej w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej. Wniosek ten popierał Przystępujący. Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, stwierdzając, iż odrzucenie odwołania w sytuacji braku przekazania załączników może nastąpić w sytuacji, w której niosą one za sobą wartość merytoryczną dla sprawy odwoławczej, a niezapoznanie się z nimi uniemożliwia Zamawiającemu merytoryczną polemikę z podnoszonymi zarzutami, co w niniejszej sprawie nie wystąpiło. Zamawiający podkreślał w odpowiedzi na odwołanie, że jedynym dokumentem merytorycznym mu nieznanym była odpowiedź Gminy Miasta Szczecin z 29 sierpnia 2021 r. udzielona w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej, która to odpowiedź nie zwiera informacji innych niż te, które Zamawiającemu nie były dostępne w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie kwestionował znajomości pozostałych dokumentów merytorycznych stanowiących załączniki do odwołania w tym m.in. oświadczeń Gminy Miasta Szczecin o: naliczeniu kar umownych wraz z wezwaniem POLAQUA do zapłaty, odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358, czy też o wezwaniu POLAQUA do zapłaty kar umownych. Jednocześnie podkreślić należy, iż na znajomość ww.

dokumentów wskazywała korespondencja Zamawiającego z Przystępującym w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dostrzeżenia również wymagało, iż Odwołujący pozyskał pisma dot. okoliczności rozwiązania umowy przez POLAQUA z Gminą Miasto Szczecin do innej jednostki organizacyjnej Zamawiającego tj. Oddziału w Katowicach. Wobec powyższego wniosek Zamawiającego Izba uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów węzeł „Lubartów Północ", odcinek 1: Obwodnica Kocka i Woli Skromowskiej (dobudowa drugiej jezdni) długość, ok. 7.839 km".

Zamawiający, w SWZ, w następujący sposób uregulował kwestię wykluczenia wykonawców:

„9. PRZESŁANKI WYKLUCZENIA WYKONAWCÓW

9.1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2

ustawy Pzp.

9.2. 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 powyżej.

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.

9.3. W zależności od zaistniałych podstaw wykluczenia określonych w pkt. 9.1. i 9.2. IDW (przesłanki obligatoryjne i fakultatywne), następuje wykluczenie Wykonawcy na odpowiedni okres wskazany w art. 111 ustawy Pzp.

9.4. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

9.5. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 9.2. ppkt 2) - 5) i 7) - 10) IDW, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawiania 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.

9.6. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne

okoliczności czynu Wykonawcy. Zamawiający wyklucza Wykonawcę, jeśli podjęte przez

Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności."

Ponadto w pkt 10. Podmiotowe Środki Dowodowe SWZ Zamawiający w następujący sposób uregulował wymagania względem Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia

(JEDZ):

„10.2. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw 3wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

10.3. Oświadczenie, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW (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"), Wykonawca zobowiązany jest przesłać Zamawiającemu w formie elektronicznej (tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym), zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 14 IDW. Wykonawca wypełnia JEDZ, tworząc dokument elektroniczny. Może korzystać z narzędzia ESPD lub innych dostępnych narzędzi lub oprogramowania, które umożliwiają wypełnienie JEDZ i utworzenie dokumentu elektronicznego. Jednolity dokument

przygotowany wstępnie przez Zamawiającego dla przedmiotowego postępowania (w

formacie xml - do zaimportowania w serwisie ESPD) jest dostępny na Platformie w miejscu zamieszczenia niniejszej SWZ.

W zakresie „części IV Kryteria kwalifikacji" JEDZ, Wykonawca może ograniczyć się do

wypełnienia sekcji a, w takim przypadku Wykonawca nie wypełnia żadnej z pozostałych

sekcji (A-D) w części IV JEDZ.

Zamawiający zastrzega, że w Części III Sekcja C jednolitego dokumentu „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi" w podsekcji „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy"

Wykonawca składa oświadczenie w zakresie:

- przestępstwa, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769 ze zm.).

W związku z tym, że Zamawiający nie stosuje przesłanek fakultatywnych, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) i 3) w zakresie odnoszącym się do pkt. 2) lit. b) ustawy Pzp w Części III Sekcja C jednolitego dokumentu „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi" Wykonawca składa oświadczenie w zakresie wyżej wymienionych przestępstw, stanowiących obligatoryjną przesłankę wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. f) i h) oraz pkt 2) ustawy Pzp.

10.4. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych."

W postępowaniu oferty złożyli m.in. Przystępujący i Odwołujący. Termin składania i otwarcia ofert upłynął w dniu 8 października 2021 r.

Przystępujący składając jednolity dokument wraz z ofertą w jego Części III pn. Podstawy wykluczenia, 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?"

Podał odpowiedź „Nie"

- „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

Podał odpowiedź „Nie”.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2021 r. wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści JEDZ, w związku z zaznaczeniem odpowiedzi NIE na pytanie dot. rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, w sytuacji gdy Zamawiający pozyskał informacje, że w dniu 7 sierpnia 2020 r. Gmina Miasto Szczecin złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr CRU/17/0003358, przywołując jednocześnie szereg okoliczności na które powołała się Gmina w odstąpieniu. Zamawiający zakreślił POLAQUA termin a na udzielenie wyjaśnień do dn. 13 grudnia 2021 r.

Przystępujący w dniu 13 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na powyższe wezwanie, obejmującą wyjaśnienie podstaw wypełnienia JEDZ i własne stanowisko wobec odstąpienia przez Gminę Miasto Szczecin od umowy nr CRU/17/0003358, a także co do braku podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponadto w piśmie tym

Przystępujący wskazał na zapadłe w tym samym dniu tj. 13 grudnia 2021 r. orzeczenie Izby

o sygn. akt KIO 3467/21. W związku z powyższym Przystępujący dokonał uzupełnienia JEDZ oraz przeprowadził procedurę samooczyszczenia przewidzianą art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Złożone wyjaśnienia wraz załącznikami objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 14 stycznia 21022 r. Zamawiający poinformował Przystępującego że: „W wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów i informacji złożonych odpowiednio przez Państwa:

1) Pismem z dnia 23.11.2021 r. (wraz z załącznikami) stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego znak: O.LU.D-3.2410.2021.12.af z dnia 9.11.2021 r.

oraz

2) Pismem z dnia 13.12.221 r. stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego znak: O.LU.D-3.2410.1.2021.15.af z dnia 3.12.2021 r.

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Lublinie postanawia odtajnić w całości przedmiotowe dokumenty i informacje.”

W dniu 28 stycznia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Podstawy prawne orzeczenia stanowią:

- art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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;

- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - 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;

- art. 109 ust. 2 ustawy Pzp - Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

- art. 109 ust. 3 ustawy Pzp - W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na

ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

- art. 110 ust. 2 ustawy Pzp - 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.

- art. 110 ust. 3 ustawy Pzp - Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

- art. 252 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący, w znacznej części odwołania budował argumentację, w oparciu o wydany przez Izbę, w dniu 13 grudnia wyrok o sygn. akt KIO 3467/21. Nie kwestionując istotności jednolitości orzecznictwa dla pewności obrotu prawnego, wskazać należy, iż system prawa

polskiego nie jest systemem precedensowym. Zaś samo powołanie się przez Odwołującego na wyrok Izby nie zwalnia go z obowiązku dowiedzenia podnoszonych zarzutów. Ma to znaczenie o tyle, że Odwołujący formułuje zarzuty odwołania, nie dostrzegając odmiennego stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu, w którym wydany został wyrok KIO 3467/21 od stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu o udzielenie zamówienia którego dotyczy odwołanie, a w konsekwencji zaistniałego w niniejszym postępowaniu odwoławczym i stanowiącego podstawę wyrokowania. Nie bez znaczenia pozostaje również przyjęcie za pewnik przez Odwołującego pewnych tez, które z ww. wyroku nie wynikają.

Zgodnie przepisemust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie zKodeksu Cywilnego w zw. zust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym

przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty POLAQUA przez Zamawiającego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Czynność tę Przystępujący kwestionował w postępowaniu o sygn. akt KIO 3467/21. Do tej czynności odnosił się również wyrok. Izba nie wyrokowała w ww. sprawie o zaistnieniu wobec POLAQUA podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż okoliczność ta wychodziła poza zakres zaskarżenia. Izba w ww. wyroku odnosiła się do tej przesłanki wykluczenia jedynie w zakresie wpływającym na sposób wypełnienia JEDZ. Nieprawdziwym jest więc twierdzenie Odwołującego, iż Izba w ww. wyroku orzekła, iż POLAQUA dopuściła się ze swej winy nienależytego wykonania lub niewykonania istotnej części umowy i podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z rozwiązaniem umowy z Gminą Miastem Szczecin nr CRU 17/0003358 z dn. 28 września 2017 r.

W niniejszym postępowaniu, co było bezsporne, Zamawiający przewidział możliwość odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku wystąpienia fakultatywnych przesłanek

wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp. Sporna była natomiast ocena czynności Przystępującego dokonanych w toku postępowania.

W dniu 19 listopada 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż POLAQUA przedstawiła informacje wprowadzające w błąd w zakresie wypełnienia dokumentu JEDZ i oświadczenia NIE w odpowiedzi na pytanie „czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia związane z rozwiązaniem umowy przed czasem, odszkodowaniem lub innych porównywalnych sankcji". W sytuacji, gdy wykonawca na to pytanie winien 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". Zamawiający stwierdził, iż „wykonawca nie podał w JEDZ żadnych informacji w tym zakresie i nie skorzystał z możliwość wykazania, iż pomimo zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji umowy jest rzetelnym wykonawcą i zasługuje na powierzenie mu zamówienia". Ponadto Zamawiający stwierdził, że „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 (...), oznacza to, że wprowadził Zamawiającego w błąd". POLAQUA kwestionując czynność Zamawiającego wniosła odwołanie, w wyniku którego zapadł w dniu 13 grudnia 2021 r. wyrok w sprawie KIO 3467/21, oddalający odwołanie, a tym samym utrzymujący w mocy decyzję Zamawiającego i potwierdzający, że poprzez niewłaściwe wypełnienie JEDZ wypełniła się wobec POLAQUA przesłanka odrzucenia jej oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Czynności w toku postępowania dot. pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)" były podejmowane przez Zamawiającego z pewnym, nieznacznym, wyprzedzeniem czasowym w stosunku do czynności podejmowanych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący składając JEDZ wraz z ofertą w niniejszym postępowaniu, pominął, tak jak w wyżej przywołanym postępowaniu informację o odstąpieniu od umowy o zamówienie publiczne nr CRU 17/0003358 z dn. 28 września 2017 r. na „Budowę Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" przez Gminę Miasto Szczecin. W związku z powziętymi przez Zamawiającego informacjami zwrócił się on do Przystępującego, w dniu 3 grudnia 2021 r. o wyjaśnienie podstaw do złożenia w JEDZ oświadczenia, że NIE 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

związku z tą wcześniejszą umową. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z uzupełnionym JEDZ oraz przeprowadził procedurę samooczyszczenia w dniu 13 grudnia 2021 r., czyli w tym samym dniu w którym zapadł wyrok w sprawie KIO 3467/21, którym Izba potwierdziła niewłaściwe działanie wykonawcy odnośnie sposobu wypełniania JEDZ w sytuacji gdy Gmina Miasto Szczecin odstąpiła od umowy o zamówienie publiczne nr CRU 17/0003358 z dn. 28 września 2017 r. na „Budowę Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie, zawartej z Przystępującym. Czynności zostały podjęte przez Przystępującego po ogłoszeniu wyroku w sprawie KIO 3467/21, tak więc były one wykonane w następstwie tego wyroku.

Skład orzekający, podziela przy tym stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 3467/21, iż wykonawca wypełniając cz. III JEDZ w zakresie odpowiedzi 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?" winien zaznaczyć odpowiedź TAK i przedstawić stosowne informacje, jeśli był stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego która została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, czyli w zakresie wystąpienia przesłanek obiektywnych z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Natomiast kwestia, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma charakter ocenny i ta ocena nie należy do wykonawcy lecz do Zamawiającego - żeby była możliwa do przeprowadzenia konieczne jest podanie odpowiednich informacji przez wykonawcę.

Wobec faktu, iż Przystępujący w niniejszym postępowaniu wraz z ofertą złożył JEDZ w którym oświadczył, że NIE 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 oraz, że nie był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, co w wyroku KIO 3467/21 zostało zakwestionowane, słuszne były czynności podjęte przez Przystępującego za pismem z 13 grudnia 2021 r. tj. zmiana i uzupełnienie JEDZ i oświadczenie odnośnie powyższych pytań TAK oraz opisanie faktów i okoliczności leżących u podstaw podejmowanych przez Przystępującego czynności wraz z przeprowadzeniem procedury samooczyszczenia.

Jednocześnie Przystępujący wyjaśniając Zamawiającemu podstawy udzielenia odpowiedzi NIE 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?" wskazywał, iż odstąpienie od umowy przez Gminę Miasto Szczecin było bezpodstawne, a samo odstąpienie od Umowy - bezskuteczne, a nieskuteczne odstąpienie od umowy i naliczenie kar nie wywołuje konsekwencji prawnych. W tym stanie rzeczy Wykonawca wypełniając JEDZ uznał, iż powyższe pytanie dot. wyłącznie sytuacji, gdy zachodzi przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powołując się w tym zakresie na aktualnie dostępną instrukcję wypełniania JEDZ opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. W ocenie Izby, Przystępujący zmienił swe stanowisko co do sposobu i podstaw oświadczenia składanego w JEDZ w tym zakresie w związku z brzmieniem wyroku KIO 3467/21. Ponadto, wobec stwierdzenia przez Izbę w przywoływanym wyroku, iż wobec wykonawcy zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Przystępujący zdecydował się na zmianę i uzupełnienie JEDZ w zakresie oświadczeń odnośnie rozwiązania umowy przed czasem oraz że nie był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia oraz przeprowadzenie procedury samooczyszczenia w powyższym zakresie.

Izba ocenia te czynności jako prawidłowe, skuteczność procedury samooczyszczenia należy zawsze oceniać w świetle okoliczności faktycznych danej sprawy oraz charakteru i rangi uchybienia którego ona dotyczy. Skład orzekający oceniając stanowisko Przystępującego, doszedł do przekonania, że niewłaściwym byłoby obarczanie wykonawcy

odpowiedzialnością za działanie które podejmował w zaufaniu do instrukcji wypełniania JEDZ, chociaż stoi ona w sprzeczności z literalnym brzmieniem zapytania zamieszczonego w cz. III JEDZ, czego skutkiem było stwierdzenie przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

Przystępujący wobec zmiany i uzupełnienia JEDZ, w powyższym zakresie, przeprowadził, skuteczną w ocenie Izby, procedurę samooczyszczenia przewidzianą w art. 110 ustawy Pzp. Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje przewidziane art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie związanym z podstawą wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i złożeniem oświadczenia o nie znajdowaniu się w sytuacji wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego (...). Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący nie spełnił przesłanek do uznania, iż dokonane samooczyszczenie jest nieskuteczne. W szczególności, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący nie przyznał się do popełnionego czynu, samooczyszczenia ma charakter pozorny, a podejście wykonawcy jest koniunkturalne czy też podjęte zbyt późno.

W piśmie z dn. 13 grudnia 2021 r. Przystępujący samodzielnie, bez uprzedniego wezwania

Zamawiającego podjął procedurę samooczyszczenia, nie kwestionował też ustaleń wyroku

28

KIO 3467/21. Jednocześnie wskazać należy, iż w doktrynie jak i w orzecznictwie uznaje się, najpóźniejszą datą w której wykonawca może podjąć procedurę samooczyszczenia jest data podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia wykonawcy z postępowania. Dopóki zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia. Izba podziela w tym zakresie pogląd, wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, z dnia 18 stycznia 2019 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1811/18) przywołanym również przez Zamawiającego, że „brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadzać może zamawiającego w błąd, to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać. Skoro zamawiający nie wykluczył wykonawcy, a wykonawca złożył odpowiednie oświadczenie, poparte dowodami, jest to wystarczające do rozpoczęcia procedury samooczyszczenia". Dlatego też, w ocenie składu orzekającego, dopuszczalne było wszczęcie procedury samooczyszczenia przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, skutecznej zarówno wobec uchybień które wystąpiły w postępowaniach poprzedzających niniejsze jak i w niniejszym postępowaniu. Tym bardziej, iż okoliczności czynu od którego ekskulpował się Przystępujący były tożsame. Ponadto Izba podziela, ocenę przedmiotowego samooczyszczenia dokonaną przez Zamawiającego, zawierającą się w stwierdzeniu, że Przystępujący w piśmie z 13 grudnia 2021 r. wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z naruszeniem i nieprawidłowym postępowaniem, i chociaż czas był krótki dokonał czynności faktycznych mających na celu wyeliminowanie naruszeń w przyszłości, a także przedstawił na tę okoliczność dowód w postaci Uchwały zarządu spółki pt. „Instrukcja wypełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia". Powyższe wyczerpuje przesłanki skutecznej procedury samooczyszczenia odnośnie czynu stanowiącego jej podstawę. Podkreślenia wymaga, iż procedura samooczyszczenia nie dotyczyła przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż wykluczenie Przystępującego w oparciu o tę przesłankę dotychczas nie nastąpiło. Procedura samooczyszczenia niejako dotykała tej przesłanki, lecz tylko w zakresie oświadczenia zawartego w JEDZ odnośnie pytania „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?" i konieczności przedstawiania stosownych informacji, czego w żadnej mierze nie można utożsamiać w niniejszym przypadku ze stwierdzeniem, czy też przyznaniem przez wykonawcę, iż podlega on wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego

z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z niewykonaniem

29

lub nienależytym wykonaniem zobowiązania wynikającym z umowy z Gminą Miastem Szczecin w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Przystępującego i naliczenia kar umownych (odszkodowania), wskazać należy co następuje.

Zgodnie z treścią powyższego przepisu, dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- wykluczenie, musi być związane z niewykonywaniem zobowiązań z wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji lub wykonywaniem ich w sposób nienależyty wyłącznie z przyczyn obciążających wykonawcę,

- okoliczności związane z niewykonaniem zobowiązania lub nienależytym wykonaniem albo długotrwałym nienależytym wykonywaniem zobowiązania powinny doprowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z rękojmi,

- w każdym przypadku niezbędne jest zbadanie stopnia naruszenia zobowiązań przez wykonawcę, jedynie bowiem nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie oraz jedynie zobowiązań istotnych będzie przesłanką wykluczenia.

W świetle powyższego, stwierdzić należy że nie każde nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji będzie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie, albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ocenie Izby, analiza treści zarzutu, nie pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący wykazał zaistnienie przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. że łącznie zostały spełnione przesłanki polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałym nienależytym wykonywaniu odnoszącym się do istotnych zobowiązań umownych, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jak wskazano na wstępie postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym strony zobowiązane są do dowodzenia faktów w oparciu o które oczekują określonego rozstrzygnięcia Izby.

Odwołujący, argumentując postawienie tego zarzutu, błędnie - jak już wskazano na wstępie, powołał się na wykluczenie Przystępującego z postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez

Zamawiającego oraz stwierdzenie przez Izbę w wyroku KIO 3467/21 podlegania wykluczeniu POLAQUA z postępowania w oparciu o tę przesłankę. Powyższe nie miało miejsca.

Odwołujący, w zakresie argumentacji odnośnie wypełnienia przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z odstąpieniem przez Gminę Miasto Szczecin od umowy nr CRU/17/0003358 oparł się jedynie na oświadczeniach Gminy Miasta Szczecin, nawet nie odnosząc się do argumentacji Przystępującego kwestionującej podstawy: roszczeń Gminy Miasta Szczecin, odstąpienia, czy też naliczenia kar umownych, przedstawionej w piśmie z dn. 13 grudnia 2021 r.. Odwołujący w tym zakresie nie podjął żadnej polemiki. W związku z tym trudno uznać, iż Odwołujący wykazał, iż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego naruszało przywołany przez niego przepis ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, iż sam fakt, iż zostało złożone przez zamawiającego - stronę umowy oświadczenia o odstąpieniu od umowy, nie oznacza jeszcze, że zaistniały pozostałe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W wyroku z dnia 19 października 2017 r., KIO 2095/17, zachowującym aktualność, iż Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Ustalenie, że brak jest dowodu na to, że do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy, powoduje samo w sobie bezzasadność czynności wykluczenia, warunkiem koniecznym do dokonania tej czynności - zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - jest bowiem ustalenie, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania."

Sam Odwołujący potwierdza, że nie ma możliwości przedłożenia szczegółowych dowodów wykazujących okoliczność nienależytego wykonania ww. umowy przez POLAQUA, co jednak nie stoi na przeszkodzie formułowaniu wniosków, iż jedyną albo przeważającą przyczyną niewykonania i nienależytego wykonania umowy było zawinione działanie lub zaniechanie POLAQUA. Z drugiej strony Odwołujący podnosi, że rozkład ciężaru dowodu decyduje jedynie o tym, która ze stron jest zobowiązana poprzeć dowodami swoje twierdzenia w celu wykazania ich prawdziwości; pozostaje jednak irrelewantny w sytuacji,

gdy w postępowaniu zostały zebrane i przedłożone dowody, które z uwzględnieniem domniemań faktycznych, zasad doświadczenia życiowego, logiki i towarzyszących sprawie okoliczności, pozwalają uwzględnić zarzut odwołania. Izba podkreśla, iż w niniejszej sprawie, Odwołujący zaniechał przedstawienia swoich twierdzeń i stanowiska wobec argumentacji i dowodów przedstawionych przez Przystępującego, a nie leży w obowiązku Izby poszukiwanie argumentacji i dowodów za Odwołującego. W świetle powyższego, Izba wskazuje, że treść zarzutu podniesionego w odwołaniu zawiera wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia Odwołującego oraz jego subiektywne oceny, które nie potwierdzają, że zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 109 ust.

1 pkt 7 Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w szczególności, że odstąpienie od umowy nastąpiło na skutek przyczyn leżących po stronie Przystępującego.

Wobec powyższego, Odwołujący nie wykazał, że zaistniały okoliczności uzasadniające wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co prowadzi do braku możliwości uznania, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 252 ust. 1 ustawy Pzp, będący zarzutem niejako wynikowym wobec treści omawianych powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....